§ 826 des Bürgerlichen Gesetzbuches und die Rechtskraft des Urteils.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Roman Graszyński,

stud. theol.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

BRESLAU, 1909.

Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse No. 5.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinem Bruder

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

			Seite
Teil I.	§ 1.	**Einleitung**	11
Teil II.		**Darstellung der in der Praxis und Wissenschaft vertretenen Auffassungen über die Anwendbarkeit des § 826 gegen rechtskräftige Urteile und Kritik derselben:**	
	§ 2.	Die die Anwendbarkeit des § 826 verwerfende Auffassung	18
	§ 3.	Die die Anwendbarkeit des § 826 bejahende Auffassung	21
	§ 4.	Kritik	29
Teil III.		**Dogmatischer Teil:**	
	§ 5.	Interpretation des § 826 B. G. B.	34
	§ 6.	§ 826 und das Vollstreckungsrecht	42
	§ 7.	§ 826 und die Rechtskraft	45
	§ 8.	§ 826 und die Vorschriften der Z. P. O. über das Wiederaufnahmeverfahren	61
	§ 9.	§ 826 und die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 Z. P. O.)	69

Literaturverzeichnis.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 2. Hälfte. 1902.

Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruche nach B. G. B. 1906.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 2. Bd. 2. Abt. 3. Aufl. 1906. — 3. Bd. 3. Aufl. 1904. (Dernburg B. R.)

— Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten in Deutsche Juristenzeitung. 10. Bd. S. 465 ff. (Dernburg D. J. Z.)

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 2. Teil. 9. Aufl. 1903.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, erschienen bei Guttentag.

Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals, herausg. von Decker, Vosswinkel und Hainsius.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (R. G. Z.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (R. G. St.)

Fischer, Recht und Rechtsschutz in Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B. G. B. Heft 6. (Fischer, Recht und Rechtsschutz.)

— Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft in Iherings Jahrbücher. 40. Bd. S. 151 ff. (Fischer, Iher. Jahrb.)

— Das Problem der Identität und Neuheit in Festgabe für Ihering. 1893. (Fischer, Identität und Neuheit.)

— Zur prozessualen Behandlung des beneficium competentiae in Iherings Jahrbücher. 34. Bd. S. 459 ff. (Fischer, Iher. Jahrb.)

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. 1904. (Fischer-Henle B. G. B.)

Foerster-Engelmann, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd. 2. Aufl. 1904.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 1. Bd. 8. u. 9. Aufl. 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd. 2. Aufl. 1903.

Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung. 2. Bd. 1. Abt. 1880.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht 1900. (Hellwig, Anspruch).

— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901. (Hellwig, Rechtskraft.)

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 2. Bd. 1907. (Hellwig, Lehrbuch.)

— Klagrecht und Klagmöglichkeit. 1905. (Hellwig, Klagrecht.)

Hölder, Ueber Ansprüche und Einreden im Archiv für zivilistische Praxis. 93. Bd., S. 1 ff.

Höniger, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten in D. J. Z. 10. Bd., S. 1005.

Hüssener, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten in Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. (Bl. R. K.) 17. Jahrg., S. 45 ff.

Kleinfeller, Rechtskraft, Vollstreckungsrecht und Verstoss gegen die guten Sitten in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 2. Jahrg., S. 1 ff. (Kleinfeller, Z. f. R. i. B.)

— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 1905. (Kleinfeller, Lehrbuch.)

Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Archiv für zivilistische Praxis 80. Bd., S. 141 ff. (Kohler, Arch. f. z. Pr.)

— Bürgerrechtliche und prozessrechtliche Elemente im Prozesse und in der Zwangsvollstreckung in Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, begr. von Grünhut. 33. Bd , S. 561 ff. (Kohler-Grünhut.)

— Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, gegründet von Busch. 29. Bd., S. 1 ff. (Kohler, Z. f. Z.)

— Zivilprozess- und Konkursrecht in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtsw. 2. Bd. 6. Aufl. 1904. (Kohler, Encykl.)

— Bürgerliches Recht in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtsw. 1. Bd. 6. Aufl. 1904. (Kohler, Encykl.)

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. (Kohler, Lehrbuch.) 1. Halbbd. 1904.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Bd. 2. Aufl. 1903.

Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. 1908.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Hälfte. 1904.

Leyserson, Ueber die Wirkungen eines aus einem wucherischen Wechsel erwirkten Versäumnisurteils im Archiv für Bürgerliches Recht. 17. Bd., S. 107 ff.

Mayer, Anspruch und Rechtskraft. 1896.

Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Bd. 3. Aufl. 1903.

Nussbaum, Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. 1908.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906. (Oertmann, R. d. Schuldv.)

— Sittenwidrige Handlungen in D. J. Z. 8. Jahrg., S. 325 ff. (Oertmann, D. J. Z.)

— Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen? In D. J. Z. 9. Jahrg., S. 616 ff. (Oertmann, D. J. Z.)

Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905. (Pagenstecher, Rechtskraft.)

— Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten in Jurist. Wochenschrift. 1908, S. 187 ff. (Pagenstecher, J. W.)

— Die praktische Bedeutung des Streits über das Wesen der Rechtskraft in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. 37. Bd., S. 1 ff. (Pagenstecher, Z. f. Z.)

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungs-Gesetz. 1. Bd. 3. Aufl. 1903. — 2. Bd. 3. Aufl. 1907. — 3. Bd. 3. Aufl. 1906.

Pollak, Unter „Literatur" in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, gegründet von Goldschmidt. 57. Bd., S. 270 ff.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs. 2. Bd.

Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (R. O. L. G.)

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 2. Bd. 1902. (Rehbein, B. G. B.)

— Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten in D. J. Z. 10. Jahrg., S. 1109.

Rümelin, Ueber das Verschulden im Prozesse in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, gegründet von Busch. 34. Bd., S. 1 ff. (Rümelin, Z. f. Z.).

— Klageänderung und Rechtskraft im Archiv für zivilistische Praxis. 88. Bd., S. 87 ff. (Rümelin, Arch. f. z. Pr.)

Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 1898.

Schneider, Treu und Glauben im Zivilprozesse und der Streit über die Prozessleitung. 1903.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. 1900.

Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 B. G. B. 1904.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung. 1. Bd. 9. Aufl. 1904. 2. Bd. 9. Aufl. 1905.

Staub-Stranz, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 8. Aufl. 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd. 1903. — 2. Bd. 1901.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle.

Struckmann-Koch, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1900.

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.

Trutter, Bona fides im Zivilprozesse. 1892.

Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht im Archiv für zivilistische Praxis. 100. Bd., S. 1 ff.

Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft. 1884. (Weismann, Hauptintervention.)

— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts. 1. Bd. 1903. (Weismann, Lehrbuch.)

I. Teil.

§ 1.

Einleitung.

Der Prozess gleicht dem Kriege. Wie im Kriege zwei oder mehrere Nationen mit ausgesprochen entgegengesetzten Interessen sich gegenüberstehen, um mit Waffengewalt ihre vermeintlichen Rechte durchzusetzen, völkerrechtliche Streitigkeiten beizulegen, so treten auch im Prozesse zwei Parteien mit feindlich sich kreuzenden Interessen zum Kampfe zusammen, um in der vom Gesetz geregelten Ordnung eine autoritative Feststellung über das Streitobjekt herbeizuführen. Hier wie dort begegnen uns dieselben Erscheinungen: ein Bruch mit der Interessensolidarität, der gerade für das friedliche Nebeneinander bezeichnend ist, und das Streben nach einer endgültigen Beilegung der Interessenkollision. Die Dichterworte: „Im Kriege selber ist das Letzte nicht der Krieg" bewahrheiten sich auch im Prozesse. Nicht um seiner selbst willen wird der Prozess geführt. Es muss einmal ein Ende des Haderns sein. Dies ist sowohl für die im Kriege liegenden Nationen als auch für die im Prozess verwickelten Parteien eine unerlässliche Notwendigkeit.

Soll jedoch der Frieden, der auf den Streit folgt, die gewünschten Segnungen bringen, so darf er nicht ein nur vorübergehender, eine blosse Einstellung des Kampfes sein, sodass der Kampf um denselben Streitgegenstand von neuem entbrennen könnte. Namentlich im Rechtsleben würde der Mangel der Unantastbarkeit des durch das Urteil gewirkten

Friedens grosse Missstände heraufbeschwören, die der Ausübung der richterlichen Gewalt geradezu Hohn sprächen. Daher haben die Zivilprozessordnungen von jeher ein Institut aufgenommen, das die durch die Angehung der Gerichte erstrebte Rechtssicherheit zu schützen bestimmt ist: das Institut der Rechtskraft.

Hat nämlich eine richterliche Entscheidung die Rechtskraft beschritten, so ist damit das streitige Rechtsverhältnis für die Zukunft dauernd festgestellt, sodass abgesehen von den Fällen des Wiederaufnahmeverfahrens Aenderungen auf Grund von Tatsachen, die vor dem Schluss der letzten entscheidenden mündlichen Verhandlung liegen, für immer verschlossen bleiben.

Angesichts dieser tief einschneidenden Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils sollte man meinen, dass die Z. P. O. dementsprechend hochgeschraubte Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtskraft aufstellt, um einer dolosen Ausnutzung dieses Rechtsinstituts vorzubeugen. Dem ist aber nicht so. Denn § 705 Z. P. O. setzt für den Eintritt der Rechtskraft nur voraus, dass die für die Einlegung eines Rechtsmittels gesetzte Notfrist von einem Monat fruchtlos abgelaufen ist. Da hiernach die Qualität des Urteils hinsichtlich der Rechtskraft ohne Bedeutung ist, werden nicht nur Urteile, die objektiv gerecht sind, der Rechtskraft teilhaftig, sondern auch Urteile, die auf wenn auch noch so ersichtlicher Unrichtigkeit der zu Grunde liegenden Tatsachen beruhen.

Es lässt sich nicht leugnen, dass in dem Ausschluss der Richtigkeit des Urteils aus dem Rahmen der Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtskraft, so notwendig dies auch im Interesse der Rechtssicherheit sein mag, dennoch eine grosse Gefahr liegt — nämlich die Gefahr, dass schreiendem Unrecht unter dem Deckmantel des Rechts zum Siege verholfen und dem Verurteilten ein unberechtigter Nachteil bereitet wird. Nicht immer wird zwar durch die Unrichtigkeit des Urteils der unterliegenden Partei ein Unrecht zugefügt werden. Dies wird vielmehr im einzelnen Falle davon abhängen, von wem die Unrichtigkeit des Urteils herbeigeführt wurde. Hat nämlich die unterlegene Partei das ihr zustehende Recht, die für den Prozess relevanten Tatsachen

dem Richter vorzulegen und zu beweisen, nicht gehörig ausgenutzt, kurz den Prozess nachlässig betrieben, so muss sie auch die Folgen ihrer eigenen Nachlässigkeit auf sich nehmen. Anders verhält es sich aber, wenn der Richter durch Ausserachtlassung der ihm obliegenden Fragepflicht oder durch falsche — sei es vorsätzliche, sei es fahrlässige — Anwendung der einschlagenden Rechtssätze oder durch unrichtige Beweiswürdigung, oder eine sonstige dritte am Prozess beteiligte Person, die Unrichtigkeit des Urteils veranlasst oder gar der Gegner durch strafbare Handlungen oder sonstige der bona fides widersprechende Machinationen das ungerechtfertigte Urteil erschlichen hat.

Man ist sich dieser Eventualitäten bei der Abfassung der Z. P. O. wohl bewusst gewesen und hat daher nach dem Vorbilde des gemeinrechtlichen preussischen und französischen Prozesses in dem sog. Wiederaufnahmeverfahren ein ausserordentliches Mittel in die Prozessordnung aufgenommen, das verhüten soll, dass die Rechtskraft zum Freibrief des Unrechts werde. Nach diesen Vorschriften kann der Verurteilte, abgesehen von den Fällen der Nichtigkeitsklage, in scharf abgegrenzten Fällen, vornehmlich wenn eine strafbare Handlung die Ursache der Unrichtigkeit des Urteils bildet, das Urteil trotz seiner Rechtskraft mit der Restitutionsklage anfechten und rückgängig machen. (§ 580 Z. P. O.) Es ist hierzu insbesondere auch notwendig, dass wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist, oder dass die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen kann und dass seit dem Eintritt der Rechtskraft noch nicht 5 Jahre verstrichen sind. (§ 581 Abs. 1 Z. P. O.) Neben der Z. P. O. enthalten auch die K. O. und das Anfechtungsgesetz Vorschriften, die der Ausbeutung der Rechtskraft zu unlauteren Zwecken vorbeugen sollen. Denn § 35 K. O. erklärt die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners selbst dann für zulässig, wenn für die anzufechtende Handlung ein vollstreckbarer Titel erlangt war. § 6 des Anf. G. trifft dieselbe Bestimmung, sodass auch ausserhalb des Konkursverfahrens die Wirkungen des vollstreckbaren Titels unschädlich gemacht werden können.

Durch diese Bestimmungen hat man den grossen Vorteil erzielt, dass der Schuldner bezw. Gemeinschuldner sein Vermögen seinen Gläubigern nicht in der Weise entziehen kann, dass er anderen fingierte vollstreckbare Titel verschafft, welche dieselben vereinbartermassen nicht zum Nachteile des Schuldners durchführen dürfen, die seinen Gläubigern aber die Zwangsvollstreckung aussichtslos machen.

Dass durch diese Vorschriften, insbesondere durch die Vorschriften über die Restitutionsklage, ein ausreichender Schutz gegen die nachteiligen Wirkungen der Rechtskraft gewährt sei, wird m. E. verneint werden müssen. Ein rein äusserliches Moment macht dies schon wahrscheinlich. Man hat die Anwendung der Restitutionsklage auf scharf abgegrenzte Fälle beschränkt. Allerdings hatte das seinen m. E. nicht unberechtigten Grund, da eine allgemein gefasste Massregel über die Anfechtung eines rechtskräftigen Urteils angesichts der hohen Bedeutung der Rechtssicherheit, welche durch das Institut der Rechtskraft erzielt werden soll, wenig zweckmässig erschien. Gleichwohl steht fest, dass kasuistische Gesetzesbestimmungen nur wenig vorteilhaft sind. Denn abgesehen von der Gefahr einer zu engherzigen Interpretation haben sie vornehmlich den Nachteil, dass sie wegen Unübersehbarkeit der einzelnen Fälle zum grössten Teile sich als zu eng erweisen. Dieser Nachteil hat sich auch hier fühlbar gemacht. Ein Blick in die Urteilssammlungen unserer höchsten Gerichte wird dies nur bestätigen. Zahlreiche Erkenntnisse aus der Zeit, wo noch der preussische Ober-Tribunal das höchste Gericht war, bis hinauf zur jüngsten Praxis des Reichgerichts weisen darauf hin, dass im Leben Machenschaften vorkommen, in denen nicht nur Rechtsgefühl, sondern auch eine gesunde Gesetzgebung energisch nach Remedur verlangen, die bestehenden Bestimmungen über die Restitutionsklage aber keinen ausreichenden Schutz gewähren. Man hat daher sowohl in der Praxis wie in der Wissenschaft versucht, auf anderen Wegen diesem Uebel abzuhelfen.

Diese Wege sind die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. B. G. B.) und über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff., 826). Wenn wir nun diese Wege in bezug auf ihre Brauchbarkeit zur Bekämpfung der

Ausbeutung der Rechtskraft ins Auge fassen, so wäre von vornherein zu konstatieren, dass §§ 812 und 823 weit weniger dazu geeignet sind, als § 826. Bei der Anwendung des § 812 wird der Nachweis, ob eine Bereicherung „ohne rechtlichen Grund" vorliegt, Schwierigkeiten bereiten, da er eine kritische Auseinandersetzung über die materiellen Wirkungen der Rechtskraft notwendig macht.

Bekanntlich stehen sich in dieser Beziehung vornehmlich zwei Meinungen scharf gegenüber. Die eine Meinung behauptet, dass ein rechtskräftiges Urteil, das einen Anspruch bezw. ein Rechtsverhältnis feststellt, das in Wirklichkeit nicht besteht, konstitutive Wirkung habe, d. h. die materielle Rechtslage einer Aenderung unterwerfe, sodass der festgestellte Anspruch bezw. das Rechtsverhältnis fortan so existieren, wie sie wären, wenn sie in der vom Urteil festgestellten Weise bestanden hätten.[1]) Demgegenüber behauptet die andere Meinung, dass nicht eine Aenderung des materiellen Rechts, sondern neben der materiellen Rechtslage ein sie durchkreuzendes publizistisches Verhältnis eintrete, sodass zwischen den aus der unveränderten materiellen Rechtslage entspringenden Verpflichtungen und diesen publizistischen Beziehungen zu unterscheiden wäre und bürgerrechtlich die Sache dem einen zustehen könne, während der andere publizistisch alle diejenigen Befugnisse hätte, die sonst dem Berechtigten zustehen.[2])

Vom Standpunkte der ersteren Theorie wird grundlose Bereicherung im Sinne des § 812 B. G. B. nicht vorliegen können. Denn wenn der Judikatsschuldner auf das ungerechtfertigte Urteil hin geleistet hat, so hat er nicht ohne rechtlichen Grund geleistet, da der vollstreckbare Titel einen neuen Schuldgrund bildet.[3]) Schliesst man sich jedoch der anderen

---

[1]) Kohler, Encykl. II, 144; Pagenstecher, Rechtskraft, S. 73, 93 f. u. 302 ff.; Dernburg, D. J. Z. 10, S. 472; Kleinfeller, Z. f. R. i. B. 2. Jg., S. 4; Hüssener, Bl. R. K., 17. Jg., S. 46; Weismann, Lehrb., Bd. I, 241; Weismann, Hauptintervention, S. 54, Anm. 29; Kleinfeller, Lehrb., 240 f.

[2]) Hellwig, Rechtskraft, S. 31 u. 18 f.; Gaupp-Stein I, S. 758 f.

[3]) Dernburg, D. J. Z. 10, S. 472.

Theorie an, so muss allerdings zugegeben werden, dass hiernach das ungerechtfertigte Urteil die Grundlage für eine Kondiktionsklage abgeben kann.

Es kann hier unerörtert bleiben, welcher der Rechtskraftstheorien der Vorzug zu geben ist. Jedenfalls steht fest, dass die Klage aus § 812 zu ihrer Begründung einer einseitigen Anlehnung an eine, dazu noch äusserst bestrittene Theorie bedarf. Dieser Umstand aber genügt, um die Klage aus § 812 als wenig geeignetes Mittel zur Abwendung der nachteiligen Folgen eines ungerechtfertigten Urteils erscheinen zu lassen, zumal da uns ein Weg offen steht, wo der Unterschied der Theorieen über die Rechtskraft vollständig in den Hintergrund tritt. An demselben Mangel krankt auch die Anwendung des § 823. Denn wie dort der Nachweis der grundlosen Bereicherung führt uns hier der Nachweis der Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung auf das Schlachtfeld der Theorieen über die Wirkungen der Rechtskraft, und erst wenn sich die eine von ihnen im Kampfe behauptet hat, ist die Bahn für die Schadensersatzklage aus § 823 geebnet.[1])

Anders verhält es sich mit der Klage aus § 826. Die Anwendung dieses Paragraphen hat den Vorzug, dass die schwer zu entscheidende theoretische Frage über die Rechtskraft vermieden werden kann. Allerdings wird von manchen behauptet, dass auch § 826 eine widerrechtliche Handlung zur Begründung der Schadensersatzpflicht voraussetze, doch widerspricht diese Auffassung, wie noch unten begründet werden soll, dem wahren Sinne des Gesetzes.

Die Rechtssprechung unserer höchsten Gerichte hat daher auch in allen Fällen, in denen es sich um eine unlautere Ausbeutung der Rechtskraft handelte, in konstanter Weise die Anwendung des § 826 für zulässig erklärt. Diese Rechtssprechung hat jedoch in der juristischen Literatur eine stattliche Zahl von Gegnern gefunden. Inwieweit letztere Auffassung zurecht besteht, wird das Folgende ergeben, wo

---

[1]) Obwohl Kohler die publizistische Theorie Hellwigs ablehnt, scheint er dennoch die Anwendbarkeit von § 823 gegen die Rechtskraft anzuerkennen. Vgl. Encykl. II, S. 150; Z. f. Z. 29, S. 38.

wir die Frage, ob die Vollstreckung erschlichener Urteile Schadensersatzansprüche aus § 826 begründen kann, kritisch untersuchen wollen. Zu dem Ende wird es aber unerlässlich sein, zunächst einen Rückblick auf die bisher über diese Frage vertretenen Auffassungen zu werfen, um dann nach einer Abwägung der bisher geltend gemachten Gründe und Gegengründe die Grundlage für die hier vertretene Auffassung zu gewinnen.

II. Teil.

Darstellung der in Praxis und Wissenschaft vertretenen Auffassungen über die Anwendbarkeit des § 826 gegen rechtskräftige Urteile und Kritik derselben.

§ 2.

Die die Anwendbarkeit des § 826 verwerfende Auffassung.

Die Bedenken, welche man gegen die Schadensersatzklage aus § 826 erhoben hat,[1]) gehören, abgesehen von der Meinung, dass die Ausübung eines Rechtes überhaupt keine gegen die guten Sitten verstossende schädigende Handlung darstellen könne, ausschliesslich dem Prozessrechte an.

Das Hauptargument gegen die Zulässigkeit der Schadensersatzklage stützt sich auf Erwägungen über den Zweck des rechtskräftigen Urteils und insbesondere auf die Normen über die Rechtskraft. Man geht bei der Argumentierung davon aus, dass die Schadensersatzklage zu ihrer Substanziierung des Nachweises bedürfe, dass der rechtskräftig festgestellte Anspruch bezw. das festgestellte Rechtsverhältnis zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung nicht bestand, m. a. W. die Klage aus § 826 erfordere eine nochmalige Erforschung des Sachverhaltes und demgemäss eine nochmalige Fest-

[1]) Kleinfeller, Z. f. R. i. B. II, S. 1 ff.; Hüssener, Bl. R. K. 17, S. 45 ff.; Hellwig, Klagrecht, S. 78, Anm. 5; Hellwig, Lehrb. II, S. 45 f., Anm. 22 u. 26; Pagenstecher, Rechtskraft, S. 323 ff. u. S. 395 ff. und J. W. 08, S. 187 ff.; Gaupp-Stein I, S. 766; Schneider, S. 37 ff., Nr. 8; Pollak in Z. f. Handelsr. 57, S. 270; Pollak, System des österreichischen Zivilprozessrechts II, S. 498; Decker, S. 60.

stellung des bereits abgeurteilten Anspruchs.[1]) War beispielsweise der Beklagte im Vorprozesse durch Verschulden des Klägers ungerechterweise zur Zahlung von 100 Mark verurteilt, so müsste im neuen Urteil festgestellt oder wenigstens mittelbar bei der Feststellung der Rückzahlungspflicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte dem Kläger nach der vorprozessualen Lage nichts schulde. Hiernach könne es keinem Zweifel unterliegen, dass durch die Anwendung des § 826 der Urteilszweck wie der der Normen über die Rechtskraft aufs empfindlichste verletzt werden. Denn das rechtskräftige Urteil des Vorprozesses könne in solchen Fällen seine Aufgabe, Rechtsgewissheit unter den Parteien zu schaffen, nicht erfüllen, da dem Beklagten gestattet wäre, im Widerspruch mit den Wirkungen der Rechtskraft, die doch gerade eine abermalige Erörterung der tatsächlichen und rechtlichen Unterlagen des richterlichen Spruches durch die exceptio rei judicatae verhindern soll, das Bestehen des infolge der konstitutiven Kraft des rechtskräftigen Urteils geschaffenen Rechts zu annullieren bezw. zu ignorieren oder wenn man mit Hellwig die konstitutive Kraft leugnet, Konsequenzen aus dem Urteil contra rem judicatam zu ziehen, mit denen der Beklagte vom Richter infolge seiner Gebundenheit an das erste Urteil nicht gehört werden dürfe.

Im Anschluss hieran hat man gegnerischerseits weiter geltend gemacht, dass durch die Anwendung des § 826 gegen die Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren verstossen werde.[2]) Denn sie allein kämen für die Anfechtung durch Arglist erwirkter und dann rechtskräftig gewordener Urteile in Betracht. Darauf deute schon der Wortlaut des § 578 Abs. 1 Z. P. O. hin: „Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens kann durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage erfolgen; denn hierzu sei entschieden zu ergänzen: sonst nicht". Die entgegengesetzte Auffassung würde von wenig Empfindung für die Bedeutung der Rechtskraft zeugen. Die Zulässigkeit der

---

[1]) Vgl. Pagenstecher, Rechtskraft, S. 325, 399; Kleinfeller, a. a. O., S. 4.

[2]) Vgl. Pagenstecher, Rechtskraft, S. 323 ff.; Schneider, S, 38.

Schadensersatzklage dürfe auch nicht darauf gestützt werden, dass die Restitutionsklage an immerhin eng begrenzte Voraussetzungen und Fristen gebunden sei. Vertrete man die Ansicht, dass die durch das Gesetz gesteckte Begrenzung zu eng sei, so müsse das Gesetz geändert werden, aber der Richter dürfe sich nicht einfach über dieses hinwegsetzen.[1]) Uebrigens sei mit vollem Bedachte die Wiederaufnahme des Verfahrens höchst sparsam bemessen, da die Rechtssicherheit dies notwendigerweise erfordere. Die Normen über die Wiederaufnahme des Verfahrens würden schliesslich jeden Zweckes entbehren, wenn der Gesetzgeber zugleich andere Bestimmungen erlassen hätte, wodurch er den Parteien ermöglichte, den alten Streit, auch ohne dass die Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens vorlägen, von neuem zu entfachen.[2])

Schliesslich macht man geltend,[3]) dass auch § 767 Z.P.O. durch die Anwendung des § 826 ausser Kraft gesetzt würde. Hiernach sind Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen — abgesehen von der Möglichkeit des Wiederaufnahmeverfahrens — nach Erlangung des Vollstreckungsrechts nur insofern zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, in welcher Einwendungen in Gemässheit der Bestimmungen der Z. P. O. spätestens hätten geltend gemacht werden müssen und insofern als sie auch durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Diese Bestimmung habe auch für die Schadensersatzklage, wenn auch nicht direkt, so doch indirekt Geltung. Denn hierbei würden nachträglich Einwendungen gegen den festgestellten Anspruch erhoben, da der Kläger behaupten müsse, dass die Vollstreckung gegen die guten Sitten verstosse, weil der Gläubiger keinen Anspruch habe und sich des Rechtsmangels schon während des Erkenntnisverfahrens bewusst gewesen sei. Die Gründe dieser Einwendung aber z. B. Wucher, Mangel der Entstehungstatsachen, — folglich die

[1]) Hellwig, Lehrb. II, S. 46, Anm. 22; Hüssener, S. 47 a. Schluss.
[2]) Pagenstecher, Rechtskraft, S. 328.
[3]) Kleinfeller, Z. f. R. i. B., S. 7.

Einwendung selber, welche der Kläger in der Klage aus § 826 benütze, sei aber schon vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden und hätte im Falle eines Versäumnisurteils durch Einspruch geltend gemacht werden müssen. Spätere Geltendmachung solcher Einwendungen sei durch § 767 Z. P. O. vom Rechtswege absolut ausgeschlossen.

Dies sind in gedrängter Darstellung die Haupteinwände, welche man gegen die Anwendung des § 826 gegen ein rechtskräftiges Urteil geltend gemacht hat. Es wird sich jetzt darum handeln, die Auffassungen der Rechtssprechung unserer höchsten Gerichte und deren Anhänger kennen zu lernen, insbesondere darzutun, welche Stellung diese gegenüber den angeführten Einwendungen eingenommen haben.

§ 3.

Die die Anwendbarkeit des § 826 bejahende Auffassung.

Die Rechtssprechung wie die ihr sich anschliessende Literatur[1]) vertreten bis auf einige Ausnahmen[2]) in gewissem Sinne dieselbe Ansicht, indem auch sie annehmen, dass bei der Anwendung des § 826 die Rechtskraft des Urteils nicht in ihren sonstigen Wirkungen zur vollen Geltung gelangen kann, sie unterscheiden sich aber insofern von der zuerst vorgetragenen Auffassung, als sie in solchen Fällen, wo die

---

[1]) Kohler, Encykl. 2, 149 f.; derselbe Z. f. Z. 29, S. 38; derselbe Arch. f. z. Pr. 80, S. 190 ff.; derselbe bei Grünhut 33, S. 563 ff.; Dernburg, D. J. Z. 10, S. 465 ff.; Wendt, Arch. f. z. Pr. Bd. 100, § 19; Rehbein, B. G. B. II, S. 13, Anm. 3 zu § 242; Planck II, 994 f.; Leysersen, Arch. f. bürg. R. 17, S. 119; Höniger, D. J. Z. 10, 1005 f.; Rehbein, D. J. Z. 10, 1109 f. Anscheinend auch Seuffert II, § 767, Nr. 3; Foerster-Engelmann II, S. 486, Nr. 4; Bolze, Praxis 20, S. 154, Nr. 330; Striethorst, Archiv 6, S. 261 ff.; Staub II. S. 1156 f.; Engelmann in Staudingers Kommentar II, S. 880, jedoch ohne nähere Begründung; Entsch. d. P. O. Trib. 52, S. 1, Nr. 1; R. G. Z. 36, Nr. 63, S. 249 ff.; 46, Nr. 91, S. 334; 39, Nr. 35, S. 142; 61, Nr. 87, S. 359; 46, Nr. 22, S. 75; 1, Nr. 40, S. 94; R. G. St. 26, Nr. 120, S. 305; 34, Nr. 86, S. 279; R. O. L. G. 11, 324.

[2]) Oertmann, R. d. Schuldv., S. 957; Rümelin, Z. f. Z. P. 34, S. 22, Anm. 36; Crome II, 2, S. 1042; wohl auch Nussbaum, S. 25 f., insbes. 27.

Voraussetzungen für die Klage aus § 826 vorliegen und die Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren nicht ausreichen, um dem zu Unrecht verurteilten Beklagten Genugtuung zu verschaffen, eine Ausnahme von den gewöhnlichen Wirkungen der Rechtskraft nicht nur für notwendig, sondern auch für rechtlich zulässig erachten.

Allerdings sagt das R. G. in seinen Erkenntnissen nicht, dass der Richter bei der Schadensersatzklage aus § 826 noch einmal dieselbe Rechtsfrage wie im Vorprozess entscheiden müsse. Andere Umstände aber lassen darauf schliessen, dass auch das R. G. die Wirkungen der Rechtskraft bei der Anwendung des § 826 nicht in vollem Masse anerkennen.

Wenn wir daraufhin die einzelnen Erkenntnisse betrachten, so können wir zwei Gruppen unterscheiden, eine Gruppe nämlich, welche die Fälle umfasst, in denen das im Vorprozess erwirkte Urteil nur zum Scheine erwirkt war, so dass verabredetermassen die scheinbar siegende Partei keinen Gebrauch von dem Urteil machen sollte, und eine zweite Gruppe, welcher alle die Fälle angehören, in denen das Urteil nicht durch gemeinsames Handeln der Parteien, sondern durch das Handeln des Obsiegenden allein bezw. im Verein mit dritten Personen erwirkt wurde.

In den zu der ersten Gruppe gehörigen Fällen nimmt das R. G. an, dass ein solches Urteil überhaupt keine Wirkung auf die materielle Rechtslage ausüben kann. So sagt es in der Entscheidung Bd. 36, Nr. 63[1]: „Ein simuliertes Judikat ist an sich nicht geeignet, das vertragsmässig zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis in ein anderes umzuwandeln, und Rechte zu begründen, die nach dem Willen der Partei nicht entstehen sollen." Im Einklang mit diesen Ausführungen stehen die in R. G. E. Bd. 46, Nr. 91[2] gemachten Bemerkungen: „Wie die Parteien durch eine nach dem rechtskräftigen Urteilsspruch getroffene Vereinbarung dessen Wirkung ganz oder teilweise beseitigen und den durch ihn begründeten Rechtszustand beliebig ändern können, ebenso muss als möglich anerkannt werden, dass die Par-

[1]) S. 251.
[2]) S. 336 f.

teien durch einen vor Erlassung des Urteils geschlossenen Vertrag im voraus die materielle Rechtskraft des Urteils beseitigen können. Nach diesen Ausführungen unterliegt es keinem Zweifel, dass das R. G. dem sog. simulierten Judikat überhaupt jede Wirkung auf die materielle Rechtslage versagt.

Nicht so klar sind die Auffassungen des R. G. über die Wirkungen der Rechtskraft bei den Urteilen der zweiten Gruppe.

In der Entscheidung 1, Nr. 40 scheint es, als ob es die Wirkungen des erschlichenen Urteils in vollem Masse anerkenne. Denn es sagt ausdrücklich[1]): „Es kann freilich auch durch die actio doli das von letzterem im früheren Prozesse erworbene Recht nicht beseitigt oder ignoriert werden, da kein Rechtsgrund vorliegt, dass er jenes durch unredliches Gebahren mit demselben verwirke. Wohl aber ist die Betrugsklage dazu angetan, vorbehaltlich jenes Rechtes alle diejenigen Handlungen wieder aufzuheben, welche durch angeblich betrügliches Handeln des Beklagten herbeigeführt wurden, namentlich also den jetzigen Kläger in Besitz der ihm angeblich abgeschwindelten Summe zu setzen."

In den neueren Entscheidungen scheint das R. G. diese Ansicht aufgegeben zu haben.[2]) Denn es sagt hier ausdrücklich, dass die Wirkungen der Rechtskraft zessieren müssen, wo sie bewusst rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem, was nicht Recht sei, den Stempel des Rechts zu geben.[3]) Was das R. G. unter dem „Zessieren" der Rechtskraft verstanden wissen will, ob eine Nichtigkeit oder Beseitigung des rechtskräftigen Urteils oder gar nur ein Ignorieren desselben, lässt sich nicht genau feststellen, doch kann dies hier gleichgültig sein. Denn das steht jedenfalls fest, dass das R. G., wenn es von einem Zessieren der Rechtskraft spricht, damit zugleich, wenn auch stillschweigend, zugibt, dass im Grunde genommen bei rücksichtsloser Anwendung der Normen über die Rechtskraft dieselben der

---

[1]) S. 97.

[2]) R. G. Z. 46, Nr. 22, S. 75; 61, Nr. 87, S. 359.

[3]) 61, S. 365.

Geltendmachung der Schadensersatzklage im Wege stehen müssten, dass aber aus anderen Gründen eine Ausnahme von den sonstigen Wirkungen der Rechtskraft am Platze sei.

Bedeutend klarer sind in dieser Beziehung die Ausführungen der Anhänger des R. G. So behauptet Leyserson, dass überall, wo ein Urteil nur zum Scheine oder zur Verschleierung eines wucherischen Versprechens oder infolge Zwanges erwirkt worden ist, das Urteil von Haus aus nichtig gewesen ist und nichtig bleibt und daher überhaupt keine Wirkungen im Rechtssinne zu äussern vermag.[1]) Auf demselben Standpunkte scheint auch Kohler zu stehen, wenn er die materiellen Wirkungen der Rechtskraft nur unter einer gewissen Einschränkung anerkennen will, unter der Voraussetzung nämlich, dass nicht bestimmte trübende Elemente in den Prozess eingewirkt haben.[2]) Auch Dernburg neigt zu dieser Ansicht, indem er die Urteilswirkungen nach Massgabe des § 826 eingeschränkt wissen will.[3])

Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass im Gegensatz zu denjenigen, welche das Rechtkraftsprinzip für jedes Urteil ohne Unterschied seiner Qualität anerkennen, das Reichsgericht und die sich ihm anschliessende Literatur einen Unterschied zwischen materiell gerechtfertigten und ungerechtfertigten Urteilen machen und letzteren beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 826 die Wirkungen der Rechtskraft nicht zukommen lassen.

Die Gründe, mit denen diese Auffassung gerechtfertigt wird, sind zum grössten Teil allgemein menschliche Postulate, wie Rechtsgefühl und Billigkeitsgefühl, weniger doktrinärer Natur.

In mehr doktrinäre Erwägungen lässt sich das R. G. in Entsch. i. Str. 34, Nr. 86[4]) ein. Hier weist es darauf hin, dass in dem Entwurfe I zum B. G. B. unter § 191 und in der Anlage 2 der Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. (§ 293a Z. P. O.) für die materiellen Wirkungen der Rechts-

---

[1]) Arch. f. bürg. R. 17, S. 119.
[2]) Encykl. II, 148 f.
[3]) D. J. Z. 10, S. 472.
[4]) S. 282.

kraft die Bestimmung vorgesehen war, dass das rechtskräftige Urteil massgebend für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sei und das rechtskräftig Zuerkannte nicht mehr bestritten werden könne, dass aber ein entsprechender Satz nicht in das Gesetz, noch in den Entwurf zum Gesetz betreffend die Aenderungen der Z. P. O. übergegangen sei, so dass es jetzt an einer Regelung der Wirkungen der Rechtskraft vollständig gebreche. Aus dieser Tatsache zieht das R. G. den Schluss, dass nichts im Wege stehe, den § 826 B. G. B. bei seinem ganz allgemeinen Wortlaute auch gegenüber einem rechtskräftig festgestellten Anspruche zur Anwendung zu bringen. Im übrigen rechtfertigt das Reichsgericht das Zessieren der Rechtskraft mit der Anwendbarkeit des § 826 selbst, indem es den Rücktritt der Rechtskraft gewissermassen als Konsequenz der Anwendbarkeit des § 826 hinstellt und ausserdem noch durch Berufung auf das natürliche Rechtsgefühl. Am deutlichsten wird dies in der R. G. E. 46, Nr. 22 ausgesprochen.[1]) Hier heisst es nämlich: „Die Rechtskraft vermag nicht den fundamentalen Rechtssatz ausser Kraft zu setzen, wonach die vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichte. Es ist mit dem natürlichen Rechtsgefühl unvereinbar, wenn der Betrüger oder dessen Mitschuldiger das, was sie mittels eines auf verbrecherische Weise erwirkten Urteils sich verschafft haben, ungestört unter dem Schutze der Rechtskraft behalten dürften."

In ähnlicher Weise sucht auch die dieser Rechtsprechung sich anschliessende Literatur das Zessieren der Rechtskraft zu begründen. Dernburg beruft sich auf das nach seiner Ansicht in dieser Frage allein entscheidende Rechtsgefühl,[2]) Rehbein[3]) und Wendt[4]) auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Kohler unterstellt die Wirkungen der Rechtskraft der Kraft der sittlichen Wahrheit, deren sich selbst der Staat, wenn er auch sonst energisch die Festigkeit

---

[1]) S. 79 ähnlich 61, S. 359.
[2]) D. J. Z. 10, 472.
[3]) B. G. B. II, S. 13.
[4]) Arch. f. z. Pr. 100, S. 302 ff.

seiner Entscheidungen zu vertreten hat, nicht entziehen darf, wenn trübende Elemente in einer Weise obsiegen, dass dadurch das Gewissen des Volkes erregt wird.[1]) Leyserson zieht das allgemeine Verbot heran, wonach es nicht zulässig sei, Einrichtungen der Rechtspflege zur Erreichung eines unerlaubten Zweckes zu benutzen, und Rümelin die von ihm in Anlehnung an die Kleinsche Abhandlung über prozessuales Verschulden konstruierte culpa in processu, die durch Verletzung von Normen begründet wird, die nach ihrer Zweckbestimmung darauf abzielen, ein gewisses Tun oder Unterlassen überall, in allen Lebenslagen, nicht nur innerhalb des bürgerlichen Rechts, sondern auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zu befehlen oder zu verbieten, wie vor allem die des echten Zivildelikts.[2])

Ueber das Verhältnis der Schadensersatzklage zu den Vorschriften der Z. P. O. über das Wiederaufnahmeverfahren hat sich das R. G. nur in zwei Erkenntnissen und auch hier nur ganz kurz ausgesprochen. In der Entscheidung Bd. 36, Nr. 63, wo es sich um ein sog. simuliertes Judikat handelte, folgert es aus der Wirkungslosigkeit des Judikates, dass auch die Geltendmachung der Wirkungslosigkeit zweifellos nicht an die Voraussetzungen der Restitutionsklage gebunden sein kann.[3]) In der zweiten Entscheidung[4]) weist es auf den Unterschied hin, welcher zwischen der Schadensersatzklage und Restitutionsklage besteht. Die Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren regelten die Zulässigkeit der Anfechtung rechtskräftiger Urteile nur auf prozessualem Gebiete. Bei der Schadensersatzklage aber handle es sich nicht darum, den Bestand des rechtskräftigen Urteils an sich wieder in Frage zu stellen, sondern darum, eine Ausgleichung des eben durch diesen Bestand des Urteils und dessen formelle Rechtsfolgen verursachten Schadens herbeizuführen.

Bezüglich des Verhältnisses des § 767 Z. P. O. zu der Anwendung des § 826 steht das R. G. auf dem Standpunkte,

---

[1]) Encykl. II, 149.
[2]) Z. f. Z. P. 34, S. 8.
[3]) S. 251.
[4]) R. G. Z. 46, S. 79 f.

dass auch diese Gesetzesvorschrift der Schadensersatzklage nicht im Wege stehen kann. Im Gegensatz zu der gegnerischen Ansicht leugnet es, dass die Anwendung von § 826 nur dann zulässig wäre, wenn die Voraussetzungen des § 767 Z. P. O. erfüllt wären. Denn einmal sagt es ausdrücklich, dass die Geltendmachung der Wirkungslosigkeit des Judikats nicht an die Voraussetzungen des § 767 Z. P. O. gebunden sein könne, da das Judikat von vornherein nach Parteiabreden keine Rechte hervorbringen sollte.[1]) In R. G. E. Bd. 61, Nr. 87, wo der Beklagte aus einem wegen Wuchers nichtigen Geschäfte sich dadurch ein rechtskräftiges Urteil verschafft hatte, dass er die Abwesenheit des Gegners zur Klageerhebung ausnutzte, gibt es zu, dass die Voraussetzungen des § 767 nicht vorliegen, trotzdem aber gewährt es dem Kläger die Klage aus § 826.[2])

Hinsichtlich der Frage, ob die Voraussetzungen des § 767 in solchen Fällen erfüllt sind, steht das R. G. in zwei anderen Entscheidungen offenbar auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Es sind dies die Entscheidungen Bd. 46, Nr. 91 und Bd. 39, Nr. 35. Die tatsächlichen Grundlagen dieser Erkenntnisse sind in kurzem folgende: in der ersten Entscheidung hatte sich der Kläger, um dem Beklagten für ein von ihm noch zu leistendes Darlehen, das aber niemals hingegeben worden war, Sicherung zu verschaffen, damit einverstanden erklärt, dass letzterer gegen ihn einen Zahlungsbefehl sich bewilligen lasse. Die zweite Entscheidung behandelt einen Fall wucherischer Ausbeutung. Kläger hatte sich in einem vorhergehendem Wechselprozess verurteilen lassen, indem er auf das Versprechen des Beklagten, das Urteil nicht vollstrecken zu lassen, unterliess, den Einwand des Wuchers geltend zu machen. Das R. G. vertritt in der ersten dieser Entscheidungen wiederum die Ansicht, dass durch Parteiabreden die Wirkungen des Urteils beseitigt werden können. Jedoch schliesst es hieraus nicht, wie in der oben erwähnten Entscheidung Bd. 36, Nr. 63, dass

[1]) R. G. Z. 36, Nr. 63, S. 251.
[2]) S. 361.

die Geltendmachung der Wirkungslosigkeit des Judikates nicht an die Voraussetzungen des § 767 gebunden sei, vielmehr sagt es: „Die Geltendmachung eines solchen Vertrages gegen ein ergangenes rechtskräftiges Urteil wird durch die Bestimmung des § 686 (jetzt 767) Abs. 2 und den § 704[1]) nicht ausgeschlossen. Naturgemäss kann ein Einwand daraus nicht vor der Erlassung des Urteils oder des Vollstreckungsbefehls erhoben werden, da die Wirksamkeit des Vertrages dessen Erlassung zur Voraussetzung hat.“[2]) Das R. G. nimmt also hier offenbar an, dass es sich um einen Einwand handelt, der erst nach der letzten mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden kann und daher die Voraussetzungen des § 767 Abs. 2 als erfüllt angesehen werden müssen, wenn auch zum Teil der Einwand auf Ereignisse zurückgeht, die schon während bezw. vor dem Prozesse stattgefunden haben. Noch eklatanter tritt diese Auffassung in den Ausführungen zu dem 2. Fall hervor. Hier will das R. G. nicht zulassen, dass der Schuldner den Wuchereinwand noch nachträglich erhebe, da § 767 hierdurch ausser Kraft gesetzt würde. Es nimmt daher zu einer Hilfskonstruktion Zuflucht, indem es sagt, dass das Verhalten des Beklagten sich als eine neue Ausbeutung der Notlage des Schuldners darstelle; es liege eine Fortsetzung des wucherischen Treibens vor, so dass der in solcher Weise ausgebeutete Schuldner wohl berechtigt sei, die durch Geltendmachung des Urteils eingezogenen übermässigen Vermögensvorteile zurückzufordern.[3])

Dass die Voraussetzungen des § 767 erfüllt sind, behaupten auch Kohler und Wendt.[4]) Beide sind der Ansicht, dass der vom Kläger in solchen Fällen geltend gemachte Einwand vor dem Urteil gar nicht geltend gemacht werden konnte, dass er auch nicht durch das Urteil hervorgerufen wurde, sondern ganz der letzten Gegenwart angehört. Denn der Einwand des Klägers richte sich nicht gegen den Bestand des Urteils, sondern gegen die Ausübung desselben

---

[1]) Jetzt § 796 Abs. 2.
[2]) S. 337.
[3]) S. 146.
[4]) Arch. f. z. Pr. 80, 190 f.; 100, S. 313 f.

und gründe sich daher auch nicht auf das, was in der Vergangenheit geschehen ist, sondern tadele ausschliesslich das gegenwärtige Verhalten und Begehren des Gegners. Das Urteil sei richtig, doch sei es ein dolus von dem Urteil Gebrauch zu machen; auch dies falle unter § 767 Abs. 2, denn der dolus subsequens sei ein in die Zeit nach dem Urteil fallendes Rechtselement.

§ 4.

Kritik.

Wie aus der obigen Darstellung hervorgeht, hat man sich über den Einwand, dass die Rechtskraft der Durchführung der Schadensersatzklage entgegensteht, in der Weise hinweggeholfen, dass man den Grundsatz aufgestellt hat, die Wirkung der Rechtskraft müsse zessieren, wo sie bewusst rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben. Wenn auch dieser Grundsatz wegen der in ihm zum Ausdruck gebrachten höheren ethischen Auffassung nicht unberechtigt, seine Durchführung angesichts des neuerdings so stark betonten „sozialeren Zuges" unseres Rechts sogar wünschenswert und dringend notwendig erscheint, so muss dennoch der Meinung beigepflichtet werden, dass dieser Satz sich nicht mit dem Geiste der Z. P. O. in Einklang bringen lässt, am allerwenigsten aber mit den Normen über die Rechtskraft. Denn fasst man den Grundsatz so auf, dass das Urteil von vornherein gar keine Wirkungen erzeugen könne, so verstösst man gegen § 705 Z. P. O., der den Eintritt der formellen und mithin auch der materiellen Rechtskraft lediglich von dem fruchtlosen Ablauf der Rechtsmittels- bezw. Einspruchsfrist, nicht aber von der Qualität des Urteils abhängig macht. Legt man dem Grundsatze die Auffassung zu Grunde, dass die Rechtskraft eines erschlichenen Urteils beseitigt werden könne, so gerät man mit den Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren in Konflikt, denn nur auf dem Wege der Restitutions- oder Nichtigkeitsklage ist die Beseitigung der Rechtskraft möglich. Hätte der Grundsatz schliesslich die

Bedeutung, dass der Richter bei der Klage aus § 826 die Rechtskraft des früheren Urteils übergehen dürfe, so ist er auch bei dieser Interpretation unhaltbar, da doch jedes Urteil, gleichviel ob es richtig oder unrichtig ist, die exceptio rei judicatae erzeugt und infolgedessen ein Ignorieren der Rechtskraft verhindert.

Selbst wenn wir von diesen die Richtigkeit des Grundsatzes bezweifelnden Bedenken absähen, so liesse sich immer noch geltend machen, dass die zur Begründung des Grundsatzes angezogenen Argumente zu wenig überzeugend sind, um das Zessieren der Rechtskraft als im Sinne des Gesetzes möglich zu erachten.

Dies gilt vor allem von der Heranziehung des Rechtsgefühls und ähnlicher allgemeiner Begriffe. Es bedarf m. E. nicht der Erwähnung, dass solche Argumente bei einer de lege lata zu entscheidenden Rechtsfrage des bürgerlichen Rechts keine durchschlagende Kraft beanspruchen dürfen, um wieviel weniger hier, wo es sich um ein Institut des öffentlichen Rechts handelt. Ebensowenig lässt sich m. E. der Mangel einer gesetzlichen Normierung der Wirkungen der Rechtskraft für das Bestehen dieses Grundsatzes geltend machen. Denn aus diesem Mangel folgt, wie Kleinfeller[1]) treffend hervorhebt, weder der Mangel einer jeden Norm, noch die Geltung einer solchen Norm über die Rechtskraftwirkung, die mit diesem Grundsatze verträglich wäre. Abzulehnen ist auch das Verfahren des R. G., diesen Grundsatz als die Konsequenz des § 826 hinzustellen und ihn mit § 826 zu begründen. Denn wenn auch das B. G. B. durch § 826 die sittenwidrige Ausübung eines Rechts und demnach auch die eines durch die Rechtskraft erst geschaffenen Rechts reprobiert, so ergibt sich doch daraus noch nicht, dass die Rechtskraft zessieren muss, damit der im angeführten Paragraphen gewährte Schadensersatzanspruch gerichtlich verfolgt werden kann. Dies ist eine rein prozessuale Frage, die nicht nach den Grundsätzen des B. G. B. entschieden werden darf, sondern nur nach den Bestimmungen der Z. P. O., denn hier allein

---

[1]) S. 2.

sind die Voraussetzungen für den Eintritt wie auch für die Beseitigung der Rechtskraft normiert. Das R. G. hätte daher den umgekehrten Weg einschlagen sollen, zunächst nämlich beweisen müssen, dass ein Zessieren der Rechtskraft zulässig sei, und erst nach Entscheidung dieser Frage hätte es die Anwendbarkeit des § 826 bejahen können. Dieselben Bedenken treffen auch für die Argumentation zu, welche sich auf die im B. G. B. statuierten Grundsätze über Treu und Glauben beruft. Man ist allerdings schon soweit gegangen, dass man die Geltung dieser Grundsätze auch für das Prozessrecht verteidigt hat.[1]) Mit Recht hat in dieser Hinsicht selbst Rümelin, der doch gleichfalls die Anwendung des § 826 verteidigt, hervorgehoben, dass die Uebertragung dieser bürgerrechtlichen Grundsätze über die bona fides auf das Prozessrecht bei dem völlig verschiedenen Charakter des Verkehrs- und Prozessrechts eine unkritische Identifizierung völlig disparater Rechtsinstitute bedeuten würde.[2]) Am allerwenigsten scheint es zulässig zu sein, diese Grundsätze gegen die Rechtskraft ins Feld zu führen, denn hier könnte die bona fides geradezu gefährlich wirken, indem sie den Zweck der Rechtskraft, die Sicherheit des Rechtslebens zu festigen und die Gerichte vor einer unaufhörlichen Wiederholung derselben Prozesse zu bewahren, illusorisch machen würde.

Wenn auch nach diesen Erwägungen die Richtigkeit des vom R. G. aufgestellten Grundsatzes sehr zweifelhaft erscheint, so wäre es dennoch verfehlt, daraus zu schliessen, dass die Anwendung des § 826 unzulässig sei. Das Ergebnis muss sich vielmehr darauf beschränken, dass dieser Grundsatz nicht als Grundlage für die Durchführung der Schadensersatzklage verwendet werden kann, m. a. W. nicht die Anwendbarkeit des § 826 überhaupt, sondern nur der vom R. G. eingeschlagene Weg zur Durchführung der Klage muss als rechtlich unzulässig verworfen werden.

Hiermit haben wir zugleich, da wir, wie wohl schon aus den obigen Ausführungen erhellt, auf dem Standpunkt stehen, dass jedem rechtskräftigen Urteile ohne Unterschied

---

[1]) Trutter, S. 2.
[2]) Z. f. Z. 34, 7.

seiner Qualität die aus der Z. P. O. zu entnehmenden Wirkungen der Rechtskraft zukommen müssen, den Gesichtspunkt festgestellt, der hier der Durchführung der Klage aus § 826 als Grundlage dienen soll. Denn wenn wir das oben gewonnene Ergebnis positiv ausdrücken, so wird es lauten: die Anwendung des § 826 ist nur dann zulässig, wenn sie ohne Verletzung, bezw. ohne Beiseitesetzen der Wirkungen der Rechtskraft möglich ist.

Die demnächst zu lösende Aufgabe wird daher nicht darin bestehen, nachzuweisen, dass es gestattet ist, in gewissen Fällen von den üblichen Wirkungen der Rechtskraft abzuweichen, sondern es wird zu prüfen sein, ob und wieweit die Rechtskraft durch die Schadensersatzklage berührt wird. M. E. liegt eine solche Behandlung der Frage viel näher, als der vom R. G. eingeschlagene Weg. Denn ein Zessieren der Rechtskraft anzunehmen, wird doch erst dann notwendig sein, wenn es feststeht, dass die Rechtskraft überhaupt in ihren Wirkungen tangiert wird. Obwohl hiernach diese Frage zu der vom R. G. behandelten Frage im Verhältnis von Voraussetzung und Folge steht, haben das R. G. wie auch die meisten Verteidiger der Schadensersatzklage diese Frage fast gar keiner Erörterung gewürdigt. Nur Rümelin und Oertmann[1]) sind dieser Frage näher getreten, und sind dabei zu der Ansicht gelangt, dass die Rechtskraft des Urteils der Anwendung des § 826 überhaupt nicht im Wege stehe, da es sich bei der Schadensersatzklage um einen anderen, erst später entstandenen und daher nicht mit der Rechtsfrage des Vorprozesses identischen Anspruch handele. Ausserdem scheinen auch Kohler und Wendt auf diesem Standpunkte zu stehen[2]), da sie, wie bereits erwähnt, zu der Auffassung neigen, dass in solchen Fällen die Voraussetzungen der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 Z. P. O. erfüllt seien. Denn ist diese Klage vor vollendeter Zwangsvollstreckung zulässig, dann muss es naturgemäss auch die Schadensersatzklage sein, und zwar ohne dass die Rechtskraft angetastet zu werden braucht.

---

[1]) Z. f. Z. 34, S. 22, Anm. 36; Oertmann, D. Schuld, S. 957.

[2]) Arch. f. z. Pr. 80, S. 190 f.; Bd. 100, S. 313 f.

Wenn auch demgemäss die Frage, ob die Schadensersatzklage, ohne die Rechtskraft zu tangieren, durchführbar ist, bereits aufgeworfen und zum Teil bejaht ist, so besteht doch auch gegenwärtig noch das Bedürfnis nach einer eingehenden theoretischen Begründung dieser Auffassung, zumal die bisher gegebene oberflächliche Argumentation nicht hinreicht, die entgegenstehenden Bedenken völlig zu beseitigen. Im Folgenden dieser Arbeit soll nun versucht werden, diese Lücke auszufüllen.

III Teil.

Dogmatischer Teil.

§ 5.

Interpretation des § 826 B. G. B.

Bevor wir jedoch zu dieser Frage übergehen, wird es notwendig sein, die Schadensersatzklage gegen ein rechtskräftiges Urteil noch von einem anderen Gesichtspunkte aus zu betrachten.

Wie bereits im Eingange erwähnt, ist man über die Tragweite des § 826 nicht einig, indem zum Teil behauptet wird, dass die nach § 826 zum Schadensersatz verpflichtende Handlung widerrechtlich sein muss, zum Teil dies bestritten wird. Diese Kontroverse äussert ihre Wirkung vornehmlich dort, wo der Schaden durch die Ausübung eines Rechts herbeigeführt wurde und demgemäss auch hier, wo der Schaden auf die Ausübung des Vollstreckungsrechts zurückzuführen ist, denn nach der einen Meinung wird nur dann eine Schadensersatzpflicht vorliegen können, wenn die Ausübung des Rechts widerrechtlich war, nach der anderen dagegen wird das Moment der Widerrechtlichkeit vollständig ausser Betracht bleiben können. Es wird daher zunächst zu erörtern sein, welche Bedeutung gegenüber dem Tatbestande des § 826 B. G. B. der Umstand hat, dass die schädigende Handlung als Rechtsausübung auftritt.

Während die Entwürfe zum B. G. B.[1]) denjenigen, der ein ihm zustehendes Recht ausübte und dabei einen anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise schädigte, von der Haftpflicht befreiten, da — wie es in den Protokollen

---

[1]) E. I, § 705; IIa, § 749; IIb, § 811; III, § 810.

II. Les.[1]) lautet, — niemand ein Unrecht tun kann, wenn er ein ihm von der Rechtsordnung verliehenes Recht ausübt, hat die Reichstagskommission das Anwendungsgebiet des § 826 auch auf dergleichen Handlungen ausgedehnt, indem sie den Satz: „die (nämlich die Handlung) er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt", gestrichen hat. Ueber diese Erweiterung des Anwendungsgebiets des § 826 an und für sich ist man einig. Anders verhält es sich jedoch mit der Frage, ob hiernach jede gegen die guten Sitten verstossende Rechtsausübung unter den § 826 fällt, oder ob nicht der Anwendung des § 826 auf solche Handlungen gewisse Schranken gezogen worden sind. Bekanntlich ist nämlich mit dieser Erweiterung des § 826 die von der Gesetzgebungskommissionen abgelehnte Vorschrift des § 226 über schikanöse Rechtsausübung in das Gesetz mit aufgenommen worden. Man hat daher behauptet, dass die Rechtsausübung nur insoweit dem § 826 subsumiert werden darf, als sie zugleich eine schikanöse Rechtsausübung bedeutet[2]) — ein Moment, das auch für unsere Frage von Bedeutung ist, da die Vollstreckung auf Grund eines Vollstreckungstitels an sich nicht gegen das Schikaneverbot des § 226 B.G.B. verstösst.[3])

Die Argumentation der Anhänger dieser Meinung ist folgende: nach § 226 sei die Rechtsausübung rechtlich unzulässig, wenn sie lediglich den Zweck verfolgt, einem anderen Schaden zuzufügen. Jede andere Rechtsausübung sei also rechtlich erlaubt. Infolgedessen könne die bloss sittenwidrige, nicht schikanöse Rechtsausübung nicht zum Schadensersatz nach § 826 verpflichten, da sonst eine rechtlich erlaubte Handlung einer Vorschrift über die Rechtsfolgen einer unerlaubten Handlung unterstellt würde[4]). Man könne

---

[1]) Prot. II, S. 577.

[2]) Planck I, S. 376; II, S. 994; Cosack I, S. 606; Staudinger II, S. 718; Kleinfeller, Z. f. R. i. B., 2. Jahrg., S. 2 f.; a. M. Goldmann-Lilienthal I, S. 887, Anm. 31; Oertmann, R. d. Schuldv., S. 954, 956 u. D. J. Z. 8, S. 325 ff.; Dernburg II, 2. Abt., S. 733; Endemann I, S. 1265; Kuhlenbeck I, § 823, Nr. 1, S. 680; Neumann I, S. 520; Pagenstecher, Rechtskraft, S. 389, Anm. 916.

[3]) A. M. Planck II, S. 994 in Verb. mit Pl. I, S. 376.

[4]) Staudinger II, S. 718; Planck I, S. 376.

sich ferner nicht denken, dass das B. G. B. über die Voraussetzungen, unter welchen die Rechtsausübung unzulässig sei, zwei verschiedene Vorschriften habe geben wollen, und dass es die eine dieser Vorschriften in prinzipieller Form in den Allgemeinen Teil, die andere in den zweiten Teil gestellt habe.[1]) Eine Einschränkung gegenüber allen Rechtsausübungen im § 826 zu sehen, hiesse die Grenzen zwischen Recht und Sitte verkennen, während eine scharfe Auseinanderhaltung beider Begriffe am Platze sei.[2])

Diese Argumentation ist nicht richtig. § 226 handelt von der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Rechtsausübung, er regelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Ausübung eines Rechts nach dem Recht unzulässig, m. a. W. widerrechtlich sein soll. § 826 dagegen handelt von der Ersatzpflicht, die sich an eine gegen die guten Sitten verstossende und schädigende Handlung knüpft. Würde man also annehmen, dass § 826 mit Rücksicht auf § 226 einschränkend zu interpretieren sei, so würde man dadurch ein Tatbestandsmerkmal — die Widerrechtlichkeit nämlich — in den Tatbestand des § 826 einfügen, der nach dem Wortlaute dieses Paragraphen gar nicht erforderlich ist. Denn hier wird nur eine sittenwidrige Handlung als Erfordernis der Schadensersatzpflicht aufgestellt, ohne dass dieselbe in anderer Weise charakterisiert wird.

Oder muss etwa jede sittenwidrige Handlung im Sinne des § 826 zugleich eine rechtswidrige Handlung sein? Das B. G. B. kennt zwar den Grundsatz, dass eine Schadensersatzpflicht nur dann eintritt, wenn eine verschuldete rechtswidrige Handlung vorliegt. Trotzdem lässt sich dies „argumentum a fortiori“ aus der Ersatzpflicht nicht für die Widerrechtlichkeit der sittenwidrigen Handlung geltend machen, denn, so hebt Oertmann mit Recht hervor,[3]) es kennt das B. G. B. zahlreiche Fälle, in denen es an eine an sich erlaubte, teilweise an eine für erlaubt erklärte Handlung eine Ersatzpflicht knüpft. So hat nach § 122 B. G. B. derjenige,

---

[1]) Planck a. a. O.
[2]) Kleinfeller, Z. f. R. i. B., S. 3.
[3]) Oertmann, R. d. Schuldv., S. 954.

welcher eine nichtige bezw. eine nach §§ 119, 120 anfechtbare Willenserklärung abgibt, dem Erklärungsempfänger das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, selbst wenn ein Verschulden nicht vorliegt. Im § 228 wird der im Notstand verübten Schadenszufügung ausdrücklich die Qualität der Widerrechtlichkeit abgesprochen, trotzdem lässt das Gesetz eine Ersatzpflicht eintreten, wenn der Täter die Gefahr, deren Beseitigung die Schadenszufügung diente, selbst verschuldet hat. Ebenso gestattet § 904 unter gewissen Voraussetzungen einen sonst widerrechtlichen Eingriff in fremdes Eigentum, lässt aber trotzdem die Schadensersatzpflicht bestehen.

Wie die Ersatzpflicht keinen Rückschluss auf die Widerrechtlichkeit der Handlung erlaubt, ebensowenig ist die Einreihung des § 826 in das System der unerlaubten Handlungen in dieser Beziehung von irgend welchem Einfluss. Kleinfeller und namentlich Planck legen auf dieses Moment ganz besonderes Gewicht und glauben daraus schliessen zu dürfen, dass zu den Tatbestandsmerkmalen des § 826 die Widerrechtlichkeit gehört. Hiermit stellen sie sich auf den Boden der Auffassung, welche behauptet, dass zum Begriffe der unerlaubten Handlung die Widerrechtlichkeit als unumgängliches Merkmal gehört. In dem ersten Entwurf zum B. G. B. hat die Kommission zwar an dieser Auffassung festgehalten, indem sie im § 705 auch die kraft allgemeiner Freiheit vorgenommenen gegen die guten Sitten verstossenden Handlungen ausdrücklich als widerrechtlich bezeichnet hat. Später aber sind namentlich durch den Reichstag in denselben Titel Handlungen eingefügt worden, die weder subjektiv noch objektiv rechtswidrig sind und dennoch wie Delikte zur Schadensersatzpflicht verpflichten — so der Tierschaden und der Wildschaden, §§ 833, 835 B. G. B.[1]) Obwohl hier von einem objektiv rechtswidrigen Tun nicht die Rede sein kann, sind dennoch diese Tatbestände unter dem Titel der „unerlaubten Handlungen“ geregelt. Ganz abgesehen von der Frage, ob sich hierdurch der Begriff der unerlaubten Handlung geändert hat, steht hiermit jedenfalls die Tatsache fest, dass neben widerrechtlichen Handlungen auch nichtwider-

[1]) Oertmann, D. J. Z. 8, S. 327.

rechtliche Handlungen in diesem Titel ihre gesetzliche Regelung erhalten haben, und diese Tatsache genügt, um den Schluss der Gegner aus der Stellung des § 826 im System der unerlaubten Handlungen für verfehlt anzusehen.

Die hier verfochtene Ansicht hat auch den Vorteil, dass sie in der Entstehungsgeschichte des § 826 eine Stütze findet. Wie bereits oben erwähnt, liess die R. T. K. die in allen vier Entwürfen festgehaltene Einschränkung, dass die Rechtsausübung vom Tatbestande des § 826 ausgeschlossen sein solle, fallen, und zwar, wie es in den Berichten heisst, aus dem Grunde, weil selbst durch die Ausübung eines formalen Rechts einem anderen vorsätzlich in einer die guten Sitten verstossenden Weise Schaden zugefügt werden könne. Obwohl stets Vorsicht geboten ist, wenn man zur Auslegung des Gesetzes sich der Gesetzesmaterialien bedient, so haben wir doch hier eine auffallende Uebereinstimmung mit einer Auffassung, die sich aus dem Gesetze selbst ergibt, und man braucht daher gegen die Heranziehung dieser Stelle aus den Berichten zur Begründung der hier verfochtenen Ansicht kein Bedenken zu tragen. Die Gegner können über diesen Satz sich nicht anders hinweghelfen, als dass sie, wie es Kleinfeller auch wirklich tut,[1]) behaupten, dass die Kommission sich über Fundamentalsätze des Rechts geirrt habe. Wie schon bewiesen, sind diese Fundamentalsätze noch nicht von den Gegnern gehörig begründet, und somit ist auch der Kleinfellerschen Aeusserung über den Kommissionsbericht der Boden entzogen.

Doch liessen wir die Ansicht der Gegner als richtig gelten, welche Konsequenzen würden sich aus dieser Annahme ergeben? Unzweifelhaft würde hiermit der Verstoss gegen die guten Sitten mit der Rechtswidrigkeit identifiziert — ein Ergebnis, das angesichts des bestehenden Unterschiedes zwischen Sitte und Recht unhaltbar ist. Unrichtig aber wäre es, wollte man mit Oertmann[2]) auch darin einen Widerspruch finden, dass nach der Planckschen Auffassung gegenüber den unter § 826 fallenden Handlungen die Not-

[1]) Kleinfeller, Z. f. R. i. B., II. Jahrg., S. 3, Anm. 1.
[2]) Oertmann, D. J. Z. 8, 327 u. 328.

wehr ebenso gestattet sein müsste, wie gegenüber den unter § 226 fallenden Handlungen, während sie richtiger Weise, um dem § 226 das Plus seiner Wirkungen gegenüber dem in seinen Voraussetzungen laxeren § 826 zu wahren auf die durch § 226 verbotenen Akte zu beschränken sei. U. E. liegt kein Grund zu dieser Beschränkung vor. Denn wenn wir uns auch gegen die Plancksche Ansicht ausgesprochen haben, so wollten wir doch damit nur betonen, dass die Rechtswidrigkeit nicht zu den Voraussetzungen gehört, unter denen eine schädigende Handlung unter § 826 fällt. Hiermit hat aber die für die Zulässigkeit der Notwehr entscheidende Frage, ob die einmal unter § 826 fallende Handlung rechtswidrig ist, nichts zu tun. Da nun aber das Schadenzufügen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise zufolge § 826[1]) als rechtswidrig zu gelten hat, wird die Notwehr auch gegen die durch § 826 verbotenen Akte zulässig sein.

Mit der hier vertretenen Auffassung geht auch die Rechtsprechung des R. G. Hand in Hand. In einer ganzen Reihe von Entscheidungen[2]) hat es sich für diese Ansicht unzweideutig ausgesprochen und die entgegenstehende Plancksche Meinung abgelehnt. Wenn trotzdem Kleinfeller behauptet, dass das R. G. auch den entgegengesetzten Standpunkt vertreten hat, so irrt er.[3]) Wenn das RG. Bd. 59, S. 105'06 anerkennt, dass die Berufung auf das Recht aus § 464 B. G. B. auch gegen eine Klage aus § 826 zuzulassen sei, und zwar m. E. vollständig mit Recht, so bietet es der bekämpften Ansicht keine Stütze. Denn zunächst liegt hier wohl nicht immer ein Verstoss gegen die guten Sitten vor. § 464 B. G. B. gibt den Gedanken eines alten Rechtssprichworts wieder: „Augen auf oder Beutel auf" — eine Anschauung, die auf dem Gebiete des Handels und Verkehrs sich tief in das Bewusstsein des Volkes eingewurzelt hat. Macht daher der Verkäufer die Kaufpreisforderung für gelieferte fehlerhafte Waren, die vom Käufer ohne Vorbehalt angenommen worden sind, geltend, so wird hierdurch wohl schwerlich die Denkart eines

---

[1]) Fischer-Henle, B. G. B., Anm. 3 zu § 826.
[2]) R. G. Z. 48, 124; 58, 216, 60, 103.
[3]) Z. f. R. i. B., II. Jahrg., S. 3.

Durchschnittsmenschen verletzt, und das ist doch der Massstab, der bei der Prüfung der Frage, ob ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegt, anzulegen ist. Aber ich will zugeben, dass man in dieser Beziehung verschiedener Ansicht sein kann, dass namentlich bei Berücksichtigung der den einzelnen Fall begleitenden Umstände sowohl eine Bejahung als auch Verneinung dieser Frage möglich ist. Trotzdem bleibt die Entscheidung des R. G. ohne Beweiskraft für die gegnerische Auffassung. Denn das ergibt sich aus der Begründung der Entscheidung selbst. Abgelehnt wurde die Klage aus § 826 nicht aus dem Grunde, weil eine Rechtsausübung nicht in den Tatbestand des § 826 fallen kann, sondern weil hier in dem speziellen Falle eine solche Klage den Zweck einer anderen Gesetzesvorschrift, die ebenfalls von der Ersatzpflicht handelt, illusorisch machen würde. Die Haftung des Verkäufers ist in dem Abschnitte über den Kauf genau und erschöpfend geregelt, so dass andere allgemeine Vorschriften nicht mehr in Frage kommen können. Das R. G. hat also mit dieser Entscheidung keineswegs die entgegengesetzte Auffassung bejahen, sondern nur darauf Nachdruck legen wollen, dass dort, wo Spezialvorschriften die Ersatzpflicht regeln, diese ihre volle Gültigkeit gegenüber Vorschriften allgemeinerer Art behalten müssen. Abzulehnen ist auch die Erwägung, die Kleinfeller[1]) an die Entscheidung des R. G. 58, 217 knüpft. In dieser Entscheidung heisst es u. a.: „Denn an sich besteht keine allgemeine sittliche Verpflichtung, die Ausübung eines Rechts zu unterlassen, wenn dieselbe einem anderen zum Schaden gereicht und damit das eigene berechtigte Interesse dem Interese eines anderen nachzusetzen. Es müssen eben besondere Umstände vorliegen, um in solchem Falle einen Verstoss gegen die guten Sitten annehmen zu dürfen.“ Aus diesem Passus deduziert Kleinfeller wie folgt: „Wenn der erste Satz dieser reichsgerichtlichen Ausführungen richtig ist, wenn also keine allgemeine Pflicht der gedachten Art besteht, dann könnte eine sittliche Pflicht der geschilderten Art nur beim Vorhandensein eines besonderen Tatbestandes vorliegen; solche besondere Tatbestandsmerk-

[1]) Z. f. R. i. B., II. Jahrg., S. 3 f.

male bezeichnet das R. G. so wenig wie der § 826. Dieser macht ja keine Unterscheidung; wenn er überhaupt auf die Rechtsausübung anwendbar sein soll, dann setzt er eine allgemeine — nicht besondere — Pflicht voraus, die Rechtsausübung zu unterlassen, wo von ihr Schaden von einem anderen zu befürchten ist und die Schädigung gegen die guten Sitten verstösst". Kleinfeller begeht hier den Fehler, dass er zwei verschiedene Dinge, einmal die Unterlassung einer bloss schädigenden Rechtsausübung, dann die einer sittenwidrigen und schadenbringenden Rechtsausübung nicht scharf genug von einander trennt. Das R. G. geht von der ersteren aus und sagt, dass keine allgemeine Pflicht zur Unterlassung einer schädigenden Rechtsausübung bestehe. Kleinfeller zieht aber daraus unrichtigerweise Folgerungen für die Pflicht der Unterlassung von sittenwidrigen und schädigenden Rechtsausübungen und wirft somit zwei verschiedene Dinge zusammen.

Somit kommen wir zu dem Ergebnis, dass die Ausschaltung der nicht unter § 226 fallenden Rechtsausübungen aus dem Bereich des § 826 weder in dem Gesetz, noch in seiner Entstehungsgeschichte, noch auch in der Rechtsprechung einen Anhaltspunkt findet. Das Verhältnis des § 226 zum § 826 ist nicht das einer Ueberordnung des ersteren über den zweiten, sondern das einer Koordination. Der eine stigmatisiert die Rechtsausübung zu einer rechtswidrigen Handlung, lässt sie daher eine Rechtsausübung zu sein aufhören und unterwirft sie damit hinsichtlich der Ersatzpflicht bei Verletzung eines der im § 823 ff. genannten Rechtsgüter dessen Bestimmungen, der andere verknüpft mit der gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsausübung, ohne ihr den Charakter einer rechtmässigen Handlung zu nehmen, die Schadensersatzpflicht. Aus dieser koordinierten Stellung der betreffenden Gesetzvorschriften ergibt sich daher unzweifelhaft, dass auch die bloss gegen die guten Sitten verstossende Rechtsausübung den Täter für eine event. Schädigung verantwortlich macht.

§ 6.

§ 826 und das Vollstreckungsrecht.

Nach Erledigung dieser Vorfrage kann die uns hier interessierende Frage geprüft werden, ob ein wirksam durchführbarer Schadensersatzanspruch auch dann besteht, wenn es sich bei der sittenwidrigen Handlung um Ausübung von Rechten handelt, deren Grundlage ein rechtskräftiges Urteil bildet.

Dabei sind zwei Fälle scharf auseinander zu halten: entweder kann es sich um die Verwirklichung des durch das Urteil festgestellten Anspruchs, m. a. W. um die Ausübung des Rechts auf Zwangsvollstreckung handeln, oder um die Geltendmachung anderer aus dem Zivilurteil als Tatbestandsmoment sich ergebender zivilrechtlicher Rechtsfolgen, um die neuerdings sog. privatrechtlichen Nebenwirkungen[1]) des Urteils. Man denke z. B. an den Fall, dass auf Grund eines Scheidungsurteils die daran geknüpften Unterhaltsansprüche geltend gemacht werden (§§ 1578—1582 B. G. B.).

Ob diese privatrechtlichen Nebenwirkungen durch erschlichene Urteile ausgelöst, bezw. ob im Wege der Schadensersatzklage aus § 826 die Vorteile zurückverlangt werden können, welche auf Grund der Nebenwirkungen beim Vorliegen erschlichener Urteile erlangt worden sind,[2]) diese Frage fällt ausserhalb des Rahmens unserer Untersuchung. Denn da die privatrechtlichen Nebenwirkungen lediglich auf die Begründung, Aenderung und Endigung solcher Privatrechtsverhältnisse gerichtet sind, welche rechtlich ganz ausserhalb der Sphäre des abgeurteilten Prozesses liegen und weder den Gegenstand der Klage, noch den der Urteilsfindung bildeten, so fehlt ihr der Zusammenhang mit der hier im Vordergrund stehenden Frage nach der Rechtskraft. Wir können uns daher auf den Fall beschränken, in dem es sich bei der Ausübung der sittenwidrigen Handlung um die Ausübung des Rechts auf Zwangsvollstreckung handelte.

---

[1]) Kuttner, S. 4.

[2]) Kuttner, S. 198 ff. Hier wird diese Frage eingehend behandelt.

Natürlich wäre es unrichtig, wenn man behaupten wollte, dass die Ausübung eines jeden unrichtigen Urteils gegen die guten Sitten verstösst. Wohl aber wird ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegen, wenn das Institut der Rechtskraft von einer Prozesspartei durch verwerfliche Machinationen dazu ausgenutzt wird, den Gegner zu einer Leistung zu zwingen, die er zu machen gar nicht verpflichtet ist. Denn ein solches Handeln widerstrebt nicht nur den Gesetzen der Moral, sondern — und darauf kommt es gerade an — den in „den guten Sitten" des Volkes verkörperten und wirklich zur Uebung gelangten Gesetzen. Hiermit ist aber die Frage noch nicht erledigt. Wie aus der oben zitierten R. G. E.[1]) hervorgeht, kommt der Verstoss gegen die guten Sitten im Rechtssinne erst dann zur Geltung, wenn nicht andere Gesetzesvorschriften hierdurch in ihren Wirkungen beeinträchtigt werden.

Es handelt sich hier zwar nicht, wie wohl gewöhnlich bei der Anwendung des § 826 gegen die Ausübung eines Rechts der Fall sein mag, um ein Recht, das lediglich den Vorschriften des bürgerlichen Rechts seinen Ursprung verdankt. Das Recht ist hier vielmehr auf ein Institut des öffentlichen Rechts zurückzuführen, auf die Rechtskraft des Urteils, die vermöge ihrer konstitutiven Kraft in den Fällen einer Dissonanz zwischen dem dem Urteil zu Grunde gelegten Tatbestande und der Wirklichkeit, das nicht bestehende Recht auch materiell-rechtlich existent werden lässt und weiter den Kläger ermächtigt, mit staatlicher Hilfe im Wege der Zwangsvollstreckung das Recht auszuüben. Im Anschluss hieran hat man behauptet,[2]) dass die Geltendmachung des durch die Rechtskraft geschaffenen Rechts durch den Gesetzgeber besonders sanktioniert sei und daher unmöglich im Sinne desselben Gesetzgebers gegen die guten Sitten verstossen könne, da sonst der Gesetzgeber im Widerspruch mit sich selbst das, was er selbst geschaffen, sein eigenes Werk, die Rechtskraft, die er sanktioniert, als gegen die guten Sitten verstossend ansehen würde.

---

[1]) R. G. Z. 59, 105, 6.

[2]) Hüssener, S. 46.

M. E. kann der Umstand, dass das Gesetz in solchen Fällen mit der Wirkung der Rechtskraft das Recht entstehen lässt, nicht dafür geltend gemacht werden, dass die Ausübung des Rechtes nicht gegen die guten Sitten verstossen könne. Zunächst ist es sehr streitig, ob durch die Rechtskraft der im Urteil festgestellte Anspruch auch materiellrechtlich zur Existenz gebracht wird.[1]) Wenn aber auch dem so wäre, so würde sich trotzdem das Gesetz mit der Zulassung des Schadensersatzanspruchs nicht mit sich selbst in Widerspruch setzen. Denn dann müsste es sich auch überall da widersprechen, wo es gegen ein noch nicht in den Prozess überführtes ziviles Recht die Anwendung des § 826 gestattet, da auch hier das zur Ausübung gelangende Recht mit gesetzlichem Willen entstanden ist, trotzdem aber durch dasselbe Gesetz ein Anspruch auf Schadensersatz gewährt wird. Das ist ja aber gerade der Zweck des § 826, dort, wo durch die Ausnutzung der formalen Wirkungen des Rechts auf legale Weise jemandem Schaden zugefügt wird, ein Aequivalent für den eingetretenen Schaden zu geben.

Auch der Umstand, dass es die Rechtskraft ist, welche das Recht gewährt, ist grundsätzlich bedeutungslos. Denn wenn § 826 überhaupt gegen die Ausübung eines Rechtes zulässig ist, dann muss er es gegen jede Art von Rechten sein, gleichviel ob es sich handelt um ein noch nicht in den Prozess überführtes ziviles oder ein durch richterliches Urteil zu Recht bestätigtes oder erst durch die Rechtskraft geschaffenes Recht, es sei denn, dass andere Gründe zu einer Scheidung nötigen.[2]) Solche Gründe wären nun allerdings die in § 2 aufgezählten Bedenken, vorausgesetzt, dass sie gerechtfertigt sind. Denn wenn das Rechtskraftsrecht den besonderen Zweck verfolgt, eine nochmalige Feststellung des bereits richterlich festgestellten Rechts zu verhindern und Ausnahmen von dieser Regel nur in gewissen Fällen gestattet und schliesslich gegen die Anrufung der Vollstreckungs-

---

[1]) Vergl. Kuttner, S. 6 und die Anm. 13 angeführte Literatur. Eine erschöpfende Literaturzusammenstellung für beide Auffassungen ist zu finden bei Pagenstecher, Z. f. Z., 37, S. 2 ff.

[2]) Vergl. Oertmann, R. d. Schuldv., S. 957.

organe zur Vollstreckung des Rechts nur unter gewissen Voraussetzungen dem Verurteilten Schutz gewährt wird, so sind dies wohl berechtigte Gründe, die auch bei der Konstruierung der Schadensersatzklage nicht ausser Acht gelassen werden dürfen, ja die geeignet sind, falls der Zweck dieser Rechtsvorschriften illusorisch gemacht würde, den an und für sich vorliegenden Verstoss gegen die guten Sitten im rechtlichen Sinne irrelevant zu machen. Es wird daher zu prüfen sein, wie sich die Anwendung des § 826 zu diesen Rechtsvorschriften verhält.

§ 7.
§ 826 und die Rechtskraft.

Das Wesen der Rechtskraft besteht in der ihr innewohnenden abwehrenden Kraft, die sich stets dann betätigt, wenn gegen den Inhalt des Urteils Widersprüche geltend gemacht werden. Sie erzeugt in solchem Falle die exceptio rei judicatae, kraft der die sich auf die rechtskräftige Entscheidung berufende Partei eine nochmalige Erörterung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des richterlichen Spruches verhindern kann. Dies tritt am schärfsten hervor, wenn man unterstellt, dass das rechtskräftige Urteil in Wahrheit unrichtig war. Die Wirkung der Rechtskraft geht in diesem Falle dahin, dass fortan an Stelle des bisherigen Rechtszustandes das im Urteil für Recht Erkannte tritt.[1])

Die Ableitung eines Schadensersatzanspruches aus der Geltendmachung der Unrichtigkeit des Urteils mag ja in tatsächlicher Beziehung als mit dem Urteil widersprechend erscheinen, denn sie läuft praktisch darauf hinaus, dem Judikatsgläubiger seine Rechte aus dem Judikate streitig zu machen, das, was er im Wege der Zwangsvollstreckung bezw. durch freiwillige Leistung des Schuldners erlangt hat, wieder abzunehmen bezw. zu hindern, dass er es bekommt. Dieser Umstand allein aber genügt noch nicht, um den in der

---

[1]) Vergl. Fischer, Iher. Jhrb. 40, S. 157 f. Die Frage, ob in solchen Fällen eine Veränderung der materiellen Rechtslage eintritt oder nicht, ist bereits oben erwähnt, vergl. S. 44.

Schadensersatzklage liegenden Widerspruch für einen solchen erachten zu können, dass er der ausschliessenden Kraft der exceptio rei judicatae unterliegt. Hierzu bedarf es vielmehr des Nachweises, dass auch die rechtlichen Voraussetzungen dieser exceptio vorliegen, namentlich die subjektive und objektive Identität des Rechtsstreits.

Was die beteiligten Parteien anbetrifft, so sind sie zwar dieselben geblieben, nur ein Wechsel der Parteirollen hat stattgefunden. Dieses Moment spricht aber sogar für eine Identität beider Streitfragen und zwar deshalb, weil das jetzige Begehren des im ersten Prozess zu Unrecht Verurteilten dem Begehren des ehemaligen Klägers konträr gegenübersteht.

Dagegen hat das Objekt der eingeklagten Ansprüche sich geändert. Einmal kann nämlich der Exequierte durch die zwangsweise herbeigeführte Zahlung der Judikatsforderung geschädigt worden sein. Es ist denkbar, dass er infolge der Zahlung andere präsente Verbindlichkeiten nicht erfüllen konnte, und so seinen Kredit erschüttert, Konventionalstrafen fällig wurden. Weiter kann der Beklagte und jetzige Kläger durch die Vollstreckungshandlungen als solche in seinem Vermögen geschädigt sein, so z. B. wenn in der Zwangsversteigerung der Erlös für seine Möbel deren wahren Wert nicht erreichte. Doch kann es auch Fälle geben, in denen, abgesehen von den hinzukommenden Zinsen und Prozesskosten eadem res vorliegen wird. Angesichts dessen bietet auch dieses Moment noch keinen hinreichend sicheren Anhalt für die Annahme, dass es in dem zweiten Prozesse sich um eine neue Sache handelt. Dafür spricht auch der für das Problem der Identität und Neuheit im Recht allgemein geltende Gesichtspunkt, dass es sich hierbei nicht um mathematische oder philosophische Identität bezw. Neuheit handelt, sondern zu seiner Lösung vor allem eine Berücksichtigung des Zweckes des in Frage stehenden Rechtsinstituts erforderlich ist.[1])

Wenn wir weiter den Grund des im zweiten Prozesse geltend gemachten Anspruchs mit dem des im früheren Pro-

[1]) Die Begründung dieses Gesichtspunktes gibt Fischer in „Identität und Neuheit". Vergl. auch Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. 88, S. 107/8.

zesse entschiedenen Anspruchs vergleichen, so finden sich auch in dieser Beziehung bedeutende Unterschiede. Die Auffassungen über den Begriff des Klagegrundes gehen bekanntlich auseinander. Die Individualisierungstheorie versteht unter Klaggrund die Art, die Spezies des Rechtsverhältnisses, aus welchem die Leistung gefordert, bezw. in Ansehung dessen die positive oder negative Feststellung oder Rechtsgestaltung verlangt wird, verlangt also eine rechtliche Analisierung. Die Substanzierungstheorie dagegen bezeichnet als Klaggrund die Gesamtheit der Tatsachen, die nach materiellem Recht die vom Kläger behauptete bezw. geleugnete Rechtsfolge ergeben. Der Gegensatz der beiden Theorieen würde hiernach in einem sachlichen Unterschiede bestehen. Von dem Gesichtspunkte ausgehend, dass es sich bei beiden Theorieen nur um tatsächliche Angaben handelt, glaubt eine andere Ansicht, die sachliche Natur des Unterschiedes aufgeben zu müssen. Sie erblickt den Unterschied der beiden Theorieen in dem Masse der Genauigkeit der klagebegründenden Tatsachen. Die Individualisierung verlange eine minder detaillierte Angabe des Tatbestandes. Es genüge das Mass, welches erforderlich sei, um die betreffende Rechtsfrage von jeder anderen unterscheiden zu können, und dieses reiche aus für die Charakterisierung des Klagegrundes in der Klageschrift. Zur Urteilsfindung sei dagegen Substanziierung erforderlich, d. h. eine solche detaillierte Angabe der Tatsachen, dass der Richter auf Grund dieser Angabe zur Rechtsanwendung im Stande ist. Der Klagegrund sei daher nichts anderes als der Inbegriff der zur Rechtfertigung des Klagbegehrens dienenden Tatsachen und Rechtssätze, der tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen im Sinne des § 268, Z. 1 Z. P. O.[1])

Nach diesen Ausführungen wird also die Frage, ob es sich bei der Schadensersatzklage um einen neuen Klagegrund handelt, von zwei verschiedenen Gesichtspunkten ins Auge zu fassen sein, einmal von dem Standpunkte, wonach der Klagegrund das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ist, dann aber von dem Standpunkte, wonach er als Inbegriff der zur

---

[1]) Fischer, Identität und Neuheit, S. 38 ff.

Rechtfertigung des Klagebegehrens dienenden Tatsachen und Rechtssätze gilt.

Es ist klar, dass vom Standpunkte der Individualisierungstheorie keine Identität des Grundes vorliegt. War nämlich im ersten Prozess beispielsweise auf Rückzahlung eines Darlehns geklagt, das wegen Vorliegens von Wucher nichtig war, und der behauptete Anspruch dem Kläger zugesprochen worden, so beruhte der Anspruch auf dem Darlehnsrechtsverhältnisse, während er bei der Klage aus § 826 auf der Deliktsobligation, die durch die unlautere Ausnutzung des Prozesses zur Benachteiligung des Schuldners entstanden ist, beruht.

Das wichtigste Moment liegt wohl aber darin, dass der jetzt geltend gemachte Anspruch erst nach dem Urteil des ersten Prozesses, also auch nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung, ins Leben getreten ist. Denn es wird nicht angekämpft gegen den Bestand des ersten Urteils und somit nicht gegen den Bestand des rechtskräftig festgestellten früheren Anspruchs, sondern es handelt sich darum, einen auch zeitlich davon verschiedenen Anspruch geltend zu machen, nämlich den Anspruch der aus der Tatsache entstanden ist, dass die Geltendmachung der Judikatsforderung den ehemaligen Beklagten in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise geschädigt hat. Eine Geltendmachung dieses Anspruchs ist aber erst möglich, wenn die Exekution in das Vermögen des jetzigen Klägers stattgefunden hat, denn erst mit dieser ist der Schaden eingetreten und infolgedessen auch der Anspruch aus § 826 entstanden. Da aber das Urteil des ersten Prozesses eine Deklaration nur über die vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung liegende materielle Rechtslage enthält und nicht über die nach diesem Zeitpunkt entstehenden Rechtsverhältnisse, so entbehrt die exceptio rei judicatae daher jeder Begründung und ist deshalb zurückzuweisen.

Damit ist die Frage noch nicht erledigt, denn wenn auch in dem zweiten Prozesse ein vom ersten Prozesse verschiedener Anspruch mit verschiedenem Klagegrunde und Klagegegenstande vorliegt, so könnte doch noch dadurch gegen die Rechtskraft verstossen werden, dass der Richter

zwar nicht die erste Entscheidung annulliert, aber in den Gründen von einem Nichtvorhandensein des im ersten Prozess entschiedenen Anspruches ausgeht. Dass ein solcher Verstoss gegen die Rechtskraft vorliegt, nimmt Kleinfeller an, indem er sagt[1]): „Man darf nicht sagen, die Feststellung, dass der im früheren Urteil anerkannte Anspruch nicht bestehe, und dass die Verwendung des Urteils als Vollstreckungstitel eine widerrechtliche war, bleibe in den Gründen verborgen, stelle also keine neue Entscheidung über den Anspruch dar. Die Gründe können zwar nicht rechtskräftig werden, können aber doch eine Verletzung der Rechtskraft des früheren Urteils enthalten."

Diese Bedenken sind aber nicht gerechtfertigt. Der zweite Richter negiert den ersten Anspruch rechtlich durchaus nicht, er nimmt ihn vielmehr als festgestellt und unbestreitbar an. Allerdings lässt sich bei dem zwischen beiden Prozessen bestehenden tatsächlichen Zusammenhange nicht leugnen, dass der Beweis für das Vorliegen eines Verstosses gegen die guten Sitten einen Rückgriff auf den Tatbestand des ersten Prozesses notwendig macht, doch wird hierdurch m. E. kein Angriff auf die Rechtskraft des ersten Urteils gemacht. Der Verstoss gegen die guten Sitten wird nämlich aus der Tatsache abgeleitet, dass der Beklagte trotz des Bewusstseins, dass das dem Anspruch zugrunde liegende Rechtsverhältnis bezw. Schuldverhältnis nicht besteht, den jetzigen Kläger exequieren liess. Die Berufung auf diese Tatsache steht keineswegs im Widerspruche mit der Rechtskraft des Urteils, weil die Feststellung des Schadensersatzanspruches m. E. nicht in die Tragweite der Rechtskraft des ersten z. B. Darlehnsanspruches hineinreicht. Diese Behauptung bedarf jedoch näherer Erläuterung.

Bekanntlich hat die Z. P. O. im § 322 die Tragweite der Rechtskraft in objektiver Beziehung geregelt. Hiernach gilt als Gegenstand der rechtskräftigen Entscheidung der in der Klage oder Widerklage erhobene Anspruch. Der Begriff des Anspruchs spielt nicht nur in der Z. P. O., sondern auch in

---

[1]) Z. f. R. i. B., II. Jahrg., S. 5. Vergl. auch Dernburg, D. J. Z. 10, S. 472.

dem B. G. B. eine wichtige Rolle. Während aber das B. G. B. den Vorzug hat, im § 194 eine strikte Definition dieses Begriffes zu besitzen, fehlt diese in der Z. P. O. ganz; daraus erklärt sich denn auch, dass noch immer Verschiedenheiten in der Auffassung des prozessualrechtlichen Anspruchs vorkommen. Doch kann man nicht leugnen, dass unter dem Einfluss der einheitlichen Gestaltung des Anspruchsbegriffs im B. G. B. sich auch der prozessualrechtliche Anspruchsbegriff ganz bedeutend geklärt hat; denn man hat doch durch diese Begriffsbestimmung des B. G. B. einen Massstab gewonnen, mit dem man den prozessualrechtlichen Anspruch vergleichen kann. Richtig behauptet Fischer,[1]) dass der Anspruch der Z. P. O. keineswegs identisch ist mit dem des B. G. B. In zwei Punkten kommen Verschiedenheiten deutlich zum Ausdruck. Der Anspruch im Sinne der Z. P. O. ist gar kein subjektives Recht wie der des B. G. B., sondern ein für den Prozess „unentbehrliches Ding", bei dem völlig dahingestellt bleibt und bleiben muss, ob eine Berechtigung zugrunde liegt.[2]) Diese Gewissheit hierüber soll erst durch den Prozess als der „Rechtsvergewisserungsoperation" herbeigeführt werden. Weiter unterscheidet sich der prozessrechtliche Anspruch von dem bürgerrechtlichen durch seinen grösseren Umfang; denn da mit jeder Klage im Sinne der Z. P. O. ein Anspruch erhoben wird, nicht jede Klage aber der Befriedigung eines privatrechtlichen Anspruches dient, so gibt es auch Klagen, die nur im Sinne der Z. P. O. einen Anspruch geltend machen, nicht aber auch im Sinne des B. G. B. Hierher gehören die Ansprüche auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses und auf Rechtsgestaltung.

Soweit aber die Klage der Befriedigung eines privatrechtlichen Anspruches dient, fällt der Anspruch des B. G. B. mit dem zivilprozessualrechtlichen Begriffe zusammen. Hieraus resultiert, dass in solchen Fällen die Rechtskraft auch nur den privatrechtlichen Anspruch umfasst, mithin alle die dem Anspruche zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse von der

[1]) Recht und Rechtsschutz, S. 75, u. in Fischer-Henle, B. G. B., Anm. 1 zu § 194.

[2]) Vergl. Thon, S. 227.

Rechtskraft nicht mit ergriffen werden. Es wird eben nur soviel vom Urteil rechtskräftig, als das B. G. B. mit dem Anspruchsbegriffe zum Ausdruck bringen will. Will man daher wissen, was bei den sog. Leistungsklagen in den Bereich der Rechtskraft hineinfällt, so muss man zunächst eine klare Vorstellung über den Anspruch des B. G. B. zu gewinnen, insbesondere dessen Verhältnis zu dem zugrunde liegenden Rechts- bezw. Schuldverhältnisse ins richtige Licht zu setzen suchen.

Dies wird uns nicht schwer fallen, da das B. G. B. den im gemeinen Recht noch unklaren Begriff durch die Definition im § 194 einheitlich für das ganze Privatrecht gestaltet hat, indem es unter Anspruch das Recht auf eine Leistung (Tun oder Unterlassen) verstanden wissen will. Ganz besonders charakteristisch ist, dass das B. G. B. dem Anspruche eine gewisse Selbständigkeit verleiht, die uns zwingt, den Anspruch streng von dem Rechtsverhältnis bezw. Schuldverhältnis, dem er entsprungen ist, zu unterscheiden — ein Umstand, der sowohl für das Privatrecht seine Bedeutung hat, aber auch für das Prozessrecht, insbesondere für die Tragweite der Rechtskraft von einschneidender Bedeutung ist.

Diese Selbständigkeit des Anspruchs zeigt sich zunächst schon in seiner allgemeinen Natur. Er ist nicht auf das Obligationenrecht beschränkt, sondern ein gemeinsames Institut aller Teile des Privatrechts.[1]) Am deutlichsten manifestiert sich die Selbständigkeit des Anspruchs auf dem Gebiete des absoluten Rechts, und zwar sowohl in materiell- als prozessrechtlicher Beziehung. Der Anspruch auf Herausgabe einer Sache ist grundverschieden von dem Eigentumsrecht. Dies zeigt sich deutlich im § 931 B. G. B., nach dem eine Eigentumsübertragung auch durch Abtretung des Herausgabeanspruches erfolgen kann. Ebenso deutlich kommt dies zum Ausdruck, wenn der Herausgabeanspruch dazu benutzt

---

[1]) Insofern entspricht er dem von Thon, S. 133, als Charakteristikum des subjektiven Rechtes geforderten Anspruch. Auf die Frage, wieweit darin eine Bestätigung der Thonschen Auffassung vom subjektiven Recht liegt, kann hier nicht eingegangen werden.

wird, dem Gläubiger den Pfandbesitz (§ 1205 B. G. B.) oder dem Mieter die Möglichkeit zu geben, sich die Mietssache aus dritter Hand zu verschaffen. Es ist ferner denkbar, dass der Eigentumsanspruch durch eine Einwirkung auf das Eigentumsobjekt von vornherein nicht entsteht, oder dass er, wenn er entstanden ist, durch besondere Ereignisse untergeht, obwohl das Eigentum selbst erhalten bleibt. In analoger Weise sind auch bei den übrigen absoluten Rechten diese selbst von den aus ihnen entspringenden Leistungsansprüchen zu unterscheiden. Hierher gehören namentlich die Ansprüche aus den Persönlichkeitsrechten und Familienrechtsverhältnissen und der Erbschaftsanspruch.

Wie diese aus dem absoluten Recht entstehenden Ansprüche in materiellrechtlicher Beziehung selbständig neben dem absoluten Rechte stehen, so ist auch die prozessuale Verfolgung dieser Ansprüche etwas ganz anderes als die des absoluten Rechts selbst.

Diese Erkenntnis gewonnen und begründet zu haben, ist eine Errungenschaft der jüngsten Zeit. Es ist klar, dass im gemeinen Recht für diese Auffassung noch kein fruchtbarer Boden vorhanden war; denn einerseits fehlte es an einer präzisen gesetzlichen Definition des Anspruches, und andererseits war man sich auch über den objektiven Umfang der Rechtskraft nicht völlig im Klaren.

Bekanntlich war das gemeine Recht eine geraume Zeit lang beherrscht von der Savignyschen Theorie über die Rechtskraft der Urteilselemente, der zufolge alle vom Richter zu bejahenden bezw. zu verneinenden Rechtsverhältnisse, von denen der rein praktische Teil des Urteils abhängt, in Rechtskraft übergehen. Wenn also hiernach im Servituten-Prozesse die Feststellung des Eigentums am herrschenden Grundstücke, welche lediglich zum Zwecke der Begründung des klägerischen Anspruches erfolgt war, den Eigentumsstreit präjudizierte, so musste auch zweifellos die Entscheidung über den aus der Verletzung eines absoluten Rechts entstandenen Anspruch Rechtskraft über das absolute Recht selbst machen.

Schon zur Zeit des gemeinen Rechts wurde die Savignysche Theorie als wenig zweckmässig bekämpft

heute ist sie gänzlich beseitigt, da durch den § 322 Z. P. O. der Umfang der Rechtskraft auf den in der Klage geltend gemachten Anspruch beschränkt ist. Trotzdem ist man sich in Beziehung des Umfangs der Rechtskraft bei einem Urteile, das über den aus Verletzung eines absoluten Rechts entspringenden Anspruch entscheidet, auch heute noch nicht einig, zum Teil steht man in dieser Hinsicht jetzt noch auf gemeinrechtlichem Standpunkt. Es sind dies zunächst die Anhänger der Substanziierungstheorie[1]), welche behaupten, dass das Urteil in solchem Falle auch Rechtskraft über das absolute Recht selbst mache, ohne dass es dazu des klägerischen Antrags auf Feststellung bedürfe. Wenn also z. B. auf Beseitigung eines Eingriffs in das Eigentum des Klägers geklagt wird, so erstreckt sich nach dieser Ansicht die Rechtskraft des diesen Prozess beendenden Urteils nicht nur auf den klägerischen Anspruch auf Beseitigung, sondern auch mit auf das Eigentum des Klägers, sodass der verurteilte Beklagte nicht mehr in der Lage sein wird, die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des klägerischen Eigentums zu erheben. Ebenso wird auch bei der rei vindicatio wie im gemeinen Rechte nicht nur der Herausgabeanspruch in Rechtskraft übergehen, sondern auch die lediglich zum Nachweis des Bestehens des Herausgabeanspruchs erfolgte Feststellung des Eigentums. Jedoch deckt sich der Gegensatz in diesen Anschauungen nicht mit dem Gegensatz zwischen Substanziierungs- und Individualisierungstheorie. Wie es auch Anhänger der ersteren gibt, die die Rechtskraft auf den Anspruch beschränken, so gibt es auch Anhänger der Individualisierungstheorie, die gegen diese Beschränkung sind.[2])

Mag nun diese Ansicht vom Standpunkte der Substanziierungstheorie aus gerechtfertigt erscheinen, da sich als Konsequenz der Substanziierungspflicht ergibt, dass nicht die im Urteil festgestellte Rechtsfolge an sich in Rechtskraft übergeht, sondern nur in Verbindung mit dem der Klage

[1]) Gaupp-Stein, S. 762, V. zu § 322; Hölder, Arch. f. z. Pr. 93, S. 23 f.; Mayer, S. 5 f.

[2]) Kohler, Encykl. II, S. 146 u. Schmidt, Lehrb., S. 536.

zugrunde liegenden Tatbestande, so ist doch m. E. diese Ansicht gegenüber dem jetzt klaren Anspruchsbegriffe des B. G. B. unhaltbar und daher abzulehnen. Die Rechtskraft wird daher in den beiden oben genannten Fällen sich nur auf den geltend gemachten Unterlassungs- bezw. Herausgabeanspruch erstrecken, sodass also der Unterlegene, sofern nicht durch gleichzeitige Feststellungsklage das Eigentum festgestellt worden war, trotz seiner Verurteilung zur Unterlassung des verbotenen Eingriffs bezw. zur Herausgabe in dem ersten Falle die Herausgabe der Sache fordern, in dem zweiten Falle eine Feststellungsklage auf Nichtbestehen des Eigentums des Gegners an der Sache anzustrengen imstande ist.[1])

Aber auch auf dem Gebiete des von vornherein relativen Rechts ist der Anspruch von dem ihm zugrunde liegenden Schuldverhältnis streng zu sondern, obgleich hier der Unterschied in manchen Fällen nicht so deutlich hervortritt, ja sogar gar nicht vorhanden zu sein scheint.

Unzweifelhaft besteht dieser Unterschied bei den sogen. zusammengesetzten Obligationen, oder, wie sie Hellwig nennt, Gesamtschuldverhältnisse, d. h. Schuldverhältnisse, die von vornherein darauf angelegt sind, mehrere Ansprüche zu erzeugen. Hierher gehört z. B. das Mietsverhältnis, bei welchem alsbald der Anspruch auf Ueberlassung der Sache gegeben ist, der Restitutionsanspruch aber erst durch die Hingabe, die Ansprüche auf die Mietsraten erst durch die Fortgewährung des Gebrauchs entstehen, ferner auch das Mandatsverhältnis, aus dem der dreifache Anspruch auf Restitution, Zinszahlung und Interesseleistung entstehen kann. Auch der Dienstvertrag und Gesellschaftsvertrag sind hierher zu rechnen. In allen diesen Fällen kann das Schuldverhältnis als solches wegen Mangels eines konkreten Inhalts in der Regel noch nicht als Anspruch angesehen werden. Die Ansprüche entstehen vielmehr erst aus ihm, sei es infolge einer automatischen Entwickelung des Verhältnisses oder kraft einer einseitigen Anordnung oder Erklärung des Berechtigten,

---

[1]) Seuffert I, S. 485; Hellwig, Anspruch 32, 88, 411 ff.; Planck II, S. 299; Dernburg III, Nr. 3 in § 118; Fischer, Iher. Jahrb. 40, S. 159 ff.

die kraft des vorhandenen Schuldverhältnisses eine konkrete Leistungspflicht hervorzurufen imstande ist.

Dies ist namentlich für den Prozess, inbesondere für die Rechtskraft von grosser Bedeutung. Entweder wird das Schuldverhältnis an sich zum Gegenstand einer Klage gemacht, dann ist dasselbe in seinem ganzen Umfange rechtskräftig festgestellt, oder aber es wird nur eine Seite des Schuldverhältnisses — der Anspruch — der Feststellung unterworfen und dann wird nur über diesen Punkt rechtskräftig geurteilt.

Es wird nun aber behauptet, dass diese einzelne Seite des Schuldverhältnisses ebenfalls ein Schuldverhältnis ist, indem man unterscheidet zwischen einem dem Umfange nach weiteren Schuldverhältnis (dem sog. Gesamtschuldverhältnis) und einem engeren, die einzelne Leistung umfassenden Schuldverhältnis. Diese Unterscheidung liegt den Hellwigschen Untersuchungen[1]) über das Verhältnis von Anspruch und Schuldverhältnis zugrunde. Nach seiner Ansicht ist jeder Anspruch identisch mit dem Schuldverhältnisse, das er darstellt. Hiernach sind also Schuldverhältnisse, die in einer einzigen Leistung aufgehen, identisch mit dem Anspruch auf die Leistung. Ist diese Auffassung richtig, dann müsste bei der Entscheidung über eine eingeklagte Darlehnsschuld nicht nur der Anspruch, sondern auch zugleich das Schuldverhältnis rechtskräftig bejaht bezw. verneint werden.

Eine ganze Reihe anderer Rechtsgelehrten steht jedoch auf dem Standpunkte,[2]) dass auch in solchen Fällen, wo der Anspruch gleichsam im Schuldverhältnis aufzugehen scheint, eine strenge Sonderung beider Begriffe am Platze ist. Verschiedene Gründe sind hierfür geltend gemacht worden.

Abzulehnen wäre die Begründung Schollmeyers,[3]) der behauptet, dass ein Schuldverhältnis schon bestehen kann, bevor noch ein Anspruch besteht. Die Fälligkeit eines An-

---

[1]) Hellwig, Anspruch, S. 40.

[2]) Oertmann, R. d. Schuldv., S. 2; Schollmeyer, I. Hlf., S. 2 Z. 3; Goldmann-Lilienthal I, S. 230. Auch Landsberg I, S. 58; Staudinger I, S. 461.

[3]) a. a. O.

spruchs ist m. E. noch kein Grund dafür, dass der Anspruch noch nicht existent ist. Der Anspruch ist m. E. mit dem Beginn des Schuldverhältnisses vorhanden. Nur ist seine Ausübung gehemmt, da eben die Ausübung auf eine bestimmte Zeit hinausgeschoben ist. Diese Frage, ob der Anspruch ein präsentes Recht auf Leistung ist, oder ob es auch fällige Ansprüche gibt, ist zwar bestritten, doch m. E. im Sinne Hellwigs zu entscheiden, der hier mit Recht annimmt, dass der Anspruch schon mit dem Bestehen des Schuldverhältnisses gegeben ist.[1])

Auch der Hinweis Schollmeyers, dass sich die Existenz des blossen Schuldverhältnisses bei Spiel und Wette und Ehemäklervertrag deutlich geltend mache, vor allem in dem Ausschluss der Zurückforderungsklage, wenn der Verlierer bezw. der Auftraggeber freiwillig gezahlt hat, ist m. E. kein triftiger Grund, denn das zwischen den Parteien bestehende Verhältnis ist kein vom Recht anerkanntes Rechtsverhältnis, sondern nur eine rechtserhebliche Tatsache.[2]) Es kann daher der Gewinnende niemals die Klage auf Feststellung anstellen.

Aber andere Umstände lassen uns die Selbständigkeit des Anspruchs selbst gegenüber dem einfachen Schuldverhältnisse erkennen. Wenn wir den Umfang beider Begriffe ins Auge fassen, so beobachten wir, dass auch das einfache Schuldverhältnis ein umfangreicherer Begriff ist als der Anspruch. Wie treffend Goldmann-Lilienthal hervorhebt,[3]) erzeugt doch das Schuldverhältnis nicht unbedingt nur Ansprüche, sondern es kann Befugnisse begründen, die keine Ansprüche sind, wie Anfechtung, Widerruf, Rücktritt, Kündigung und Einrede. Von einer Identität des Anspruches und des Schuldverhältnisses kann daher keine Rede sein, denn sonst müsste auch der einzelne Anspruch diese Befugnisse mit umfassen; es müsste z. B. der Anspruch auf die Kaufpreissumme ebenso angefochten werden können, als der Kaufvertrag. Diese Konsequenz widerspricht aber dem Gesetze,

---

[1]) Hellwig, Anspruch, S. 39, A. 2.

[2]) Hellwig, Anspruch, S. 405, A. 15.

[3]) I, S. 230.

demzufolge nur Willenserklärungen bezw. Rechtsgeschäfte der Anfechtung unterliegen können.[1]) Ob ein Anspruch besteht, ist für das Anfechtungsrecht überhaupt ganz gleichgültig. Wie Goldmann-Lilienthal treffend bemerkt,[2]) kann der Verkäufer, auch wenn sein Anspruch auf den Kaufpreis nach § 196 B. G. B. verjährt ist, trotzdem unter den Voraussetzungen der §§ 123, 124 zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung berechtigt sein. Man denke sich ferner etwa folgenden Fall: A. hat dem C. eine ihm aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäft herrührende Forderung übertragen. Hier kann der Anfechtungsberechtigte nicht gegen den Zessionar, dem jetzt der Anspruch zusteht, sondern nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 142 Abs. 2 nur gegen den ursprünglichen Gläubiger anfechten — ein deutliches Beispiel dafür, welche selbständige Stellung dem Schuldverhältnis gegenüber dem Anspruch zukommt.

Schliesslich wäre noch auf die Bedeutung des Schuldverhältnisses hinzuweisen, die dann zur Geltung kommt, wenn der Anspruch verjährt ist. Hat A. beispielsweise gegen den B. eine verjährte Forderung aus einem Darlehn, so ist eine Klage auf Zahlung der Schuld zwecklos, da der Beklagte dem Kläger die Einrede der Verjährung entgegensetzen kann. Wohl aber kann A. ein rechtliches Interesse daran haben, dass das Schuldverhältnis im Wege richterlicher Entscheidung festgestellt werde. Die Sachlage im einzelnen Falle kann ein solches Interesse vollauf begründen Es ist z. B. denkbar, dass der Schuldner nur augenblicklich, da er unter dem Einflusse einer ihn von der Zahlung zurückhaltenden Person steht, die Schuld nicht begleicht, später sich aber eines besseren besinnt und dennoch zahlen wird. Es kann auch vorkommen, dass der Gläubiger die begründete Hoffnung hat, der Erbe des Schuldners werde ihm die schuldige Leistung machen, wenn er nur imstande ist, ihm das einstmalige Bestehen des Darlehnsverhältnisses nachzuweisen. In solchen und ähnlichen Fällen steht doch dem Gläubiger ein stark berechtigtes Interesse an der richterlichen Feststellung zur Seite

[1]) Kohler, Lehrb. d. bürg. R. I, S. 200 a. M.

[2]) I, S. 230, Anm. 6.

und es steht daher einer Klage nach § 256 Z. P. O. nichts im Wege, selbst dann nicht, wenn der Gläubiger die Schuld gegen den Schuldner bereits eingeklagt hatte, aber wegen der Verjährung abgewiesen worden war. Denn ist der Anspruch etwas von dem Schuldverhältnisse Verschiedenes, ist er die Folge, die sich aus der zugrunde liegenden Obligation ergibt, wie schon, abgesehen von den oben erwähnten Gründen, aus dem Wortlaut des § 241 B. G. B.[1]) resultiert, so wird auch nur dieser allein von der Rechtskraft ergriffen, denn bei der Leistungsklage deckt sich doch der Begriff des materiellrechtlichen Anspruchs mit dem der Z. P. O. Ist aber die Rechtskraft der Entscheidung bei der Leistungsklage auf den Anspruch beschränkt, so ist also jederzeit eine Feststellung des denselben bedingenden Schuldverhältnisses zulässig, selbst wenn dadurch ein widerspruchsvolles Ergebnis erreicht werden sollte.

Ganz genau so liegen die Verhältnisse bei der Erhebung der Deliktsklage gegen die Zwangsvollstreckung eines unrichtigen Urteils. Durch das im ersten Prozess ergangene Urteil wurde nur der Anspruch rechtskräftig festgestellt, jetzt aber wird nicht einmal, was nach dem Gesagten zulässig wäre, die Feststellung des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses im Wege besonderer Klage verlangt, sondern es wird nur auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen des Schuldverhältnisses Bezug genommen, um das Vorhandensein eines Verstosses gegen die guten Sitten beweisen zu können.

Auf diese Weise kann also trotz der von Kleinfeller erhobenen Bedenken die Deliktsklage begründet und durchgeführt werden, ohne dass in den Gründen des neuen Urteils die Rechtskraft des ersten verletzt wird.

Hiergegen könnte man jedoch einwenden, dass diese Scheidung zwischen Rechtsverhältnis und Anspruch nichts nützen wird, wenn der Kläger des Vorprozesses neben der Feststellung des Anspruchs zugleich auch die rechtskräftige Feststellung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses erlangt hat. Denken wir uns z. B. folgenden Fall: Kläger des Vorprozesses klagt auf Zahlung rückständiger Zinsen, die ihm der Beklagte aus einem Darlehn schulden soll, das er

[1]) Schollmeyer, S. 2 Z. 3. — A. M. Hellwig, Anspruch, S. 40, A. 6.

nach seinem Vorgeben dem Erblasser des Beklagten gegeben, in Wirklichkeit der Verschleierung eines wegen Vorliegen von Sachwucher nichtigen Kaufgeschäfts gedient hat. Beklagter wendet gegen das klägerische Begehren ein, dass der Darlehnsanspruch verjährt sei, Kläger erhebt dagegen die Replik der Unterbrechung der Verjährung und erweitert seinen Klageantrag gemäss § 280 Z. P. O. auf Feststellung der Darlehnsschuld. Den Beweis führt der Kläger durch Vorlegen eines vom Erblasser ausgestellten Anerkenntnisses, das er jenem unter Ausnutzung seiner Notlage abgezwungen hat. Da der Beklagte von dem Vorliegen des Wuchers keine Kenntnis hatte, was dem Kläger wohl bewusst war, wurde der Beklagte dem klägerischen Antrage gemäss zur Zahlung der Zinsen verurteilt; nunmehr kündigte der Kläger dem Beklagten das Darlehn und erlangte auf diese Weise nicht nur die ihm nicht zustehenden Zinsen, sondern auch die aus dem nichtigen Kaufgeschäfte übermässigen Vermögesvorteile.

Es ist klar, dass in dem vorliegenden Beispiele der Beklagte sich bei der Substanziierung der Schadensersatzklage nicht auf das Nichtbestehen des Darlehnsschuldverhältnisses berufen kann, denn infolge der Rechtskraft des Incidentfeststellungsurteils ist eine Leugnung des Bestehens desselben unmöglich. Trotzdem ist m. E. der Beklagte auch in solchem Falle in der Lage, die Klage zu substanziieren, ohne die Rechtskraft zu berühren. Auch hier wird es wieder darauf ankommen, den Umfang der Rechtskraft zu begrenzen. In analoger Weise wie oben zwischen Rechtsverhältnis und Anspruch unterschieden wurde, wird hier zwischem dem Rechtsverhältnis und dem zu scheiden sein, was die Grundlage dieses Rechtsverhältnisses bildet. Der Rechtskraft zugänglich ist nur das in Frage stehende Rechtsverhältnis, nicht dagegen die einzelnen diesem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Tatsachen. Die Feststellung dieser Tatsachen hat nur insoweit Bedeutung, als es sich um das Bestehen oder Nichtbestehen des festgestellten Rechtsverhältnisses handelt, das heisst also, wenn der im Prozess Unterlegene behaupten wollte, das rechtskräftig Festgestellte bestehe nicht, weil die zugrunde liegenden Tatsachen vom Richter falsch festgestellt waren. Anders aber verhält es sich, wenn diese einmal be-

reits festgestellten Tatsachen in einem anderen Prozesse, der zur Feststellung eines wesentlich anderen Anspruchs angestrengt wird, zur Begründung herangezogen werden. Hier wird es gestattet sein, diese Tatsachen noch einmal zum Gegenstand richterlicher Erörterung zu machen, selbst wenn es sich zeigen sollte, dass die Sachlage in Wirklichkeit nicht so war, wie im vorangegangenen Prozesse angenommen worden war. Was von den klagefundierenden Tatsachen gilt, das gilt ebenso auch von den Einredetatsachen. Werden diese Tatsachen dazu verwendet, einen anderen mit dem Anspruche des früheren Prozesses nicht identischen Anspruche zu stützen, so wird auch hierdurch nicht die Rechtskraft des früheren Urteils in Mitleidenschaft gezogen.

Wenn demnach in unserem Falle der Beklagte zur Substanziierung der Schadensersatzklage sich auf das Vorliegen vom Wucher beruft, so macht er damit Tatsachen geltend, die allerdings, soweit sie das im Urteil festgestellte Rechtsverhältnis betreffen würden, infolge der Rechtskraft des Urteils nicht geltend gemacht werden können. Das geschieht aber in solchen Fällen nicht. Denn die Feststellung des Vorliegens der Bewucherung erfolgt nicht zu dem Zweck, das Bestehen des Darlehnsverhältnisses zu leugnen, sondern nur um den, wie oben bereits gezeigt, wesentlich vom Anspruch des Vorprozesses verschiedenen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen, der auch nicht allein aus der Tatsache der Bewucherung hervorgegangen ist, sondern aus dieser Tatsache in Verbindung mit den Umständen, die darauf schliessen lassen, dass er sich die Unkenntnis des Gegners zur Erreichung eines ihm nicht zustehenden Urteils zunutze gemacht hat.

Wenn wir nunmehr von der Basis der anderen Auffassung des Klagegrundes als des Inbegriffes der zur Rechtfertigung des Klagebegehrens dienenden Tatsachen die Frage der Identität der Rechtsfragen beleuchten, so erscheint uns die in der Schadensersatzklage verkörperte Rechtsfrage insofern von der des ersten Prozesses verschieden, als es sich bei der Klage aus § 826 um die Feststellung der rechtlichen Wirkungen eines in sich abgeschlossenen Vorgangs handelt, der zeitlich von dem Tatbestande des ersten Prozesses ge-

trennt ist, und soweit es sich um die Feststellung des unsittlichen Charakters der Handlung handelt, mit ihm auch sachlich nichts zu tun hat. Dazu kommt, dass auch der Zweck der Schadensersatzklage nicht auf eine Berichtigung des ersten Urteils, noch auf Rückgabe des Erlangten wegen Unrichtigkeit des ersten Urteils ausgeht. Denn der Anspruch des Geschädigten beruht nicht lediglich darauf, dass sein Gegner von ihm nichts zu fordern berechtigt war, sondern in erster Linie auf der durch die unsittliche Handlung begründeten Ersatzpflicht.

Für die Frage, ob in den Gründen der Entscheidung über den Ersatzanspruch die Rechtskraft des ersten Urteils verletzt bezw. ignoriert wird, gilt hier dasselbe, was im Anschluss an das Seite 58/59 angeführte Beispiel hierüber gesagt wurde.

§ 8.

§ 826 und die Vorschriften der Z. P. O. über das Wiederaufnahmeverfahren.

Durch die Feststellung, dass die Rechtskraft des im Vorprozesse ergangenen Urteils nicht umgangen noch verletzt wird, haben wir uns zugleich den Weg zur Beantwortung einer anderen Frage gebahnt, zu der Frage nämlich, ob die Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren der Anwendung des § 826 im Wege stehen. Diese Frage steht mit der im vorigen Paragraphen behandelten Frage in engem Zusammenhange. Nimmt man nämlich an, dass die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches ein Zessieren der Rechtskraft erforderlich mache, so folgt hieraus naturgemäss, dass auch gegen die Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren verstossen wird, denn sie allein gewähren in der Nichtigkeits- und Restitutionsklage das Mittel zur Beseitigung der Rechtskraft. Der hier vertretenen Auffassung gegenüber kann dieser Vorwurf aber nicht Platz greifen, denn die Rechtskraft wird in ihrem Bestande nicht erschüttert, und somit der Zweck, den die Restitutionsklage zu erreichen bestimmt ist, gar nicht angestrebt.

Damit ist die Frage noch nicht erledigt. Denn wenn auch durch die Schadensersatzklage die Rechtskraft des

Urteils nicht angefochten wird, so könnte doch vielleicht darin ein Verstoss gegen die Vorschriften des Wiederaufnahmeverfahrens liegen, dass der Unterlegene aus der fehlerhaften Entstehungsgeschichte des Urteils Konsequenzen zieht. Diesen Standpunkt nimmt Pagenstecher[1]) ein, indem er davon ausgeht, dass die Z. P. O. durch die Vorschriften des Wiederaufnahmeverfahrens nicht nur die Art der Anfechtung eines rechtskräftigen Urteils, sondern auch die weitergehendere Frage, in welchen Fällen überhaupt eine Partei Konsequenzen daraus ziehen kann, dass bei der Entstehungsgeschichte des Urteils Fehler untergelaufen sind, erschöpfend geregelt habe.

Dieses Bedenken ist nicht gerechtfertigt, denn der von Pagenstecher aufgestellte Grundsatz geht über den Zweck der Restitutionsvorschriften hinaus; mit diesen Vorschriften hat das Gesetz nur einen Teil dieser Frage geregelt, nämlich den Teil, in welchem neben dem Zwecke, das Urteil wirtschaftlich unschädlich zu machen, auch der Zweck, die Rechtskraft aufzuheben, angestrebt wird bezw. anzustreben ist, um den wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, mit anderen Worten: es ist dort nur die Frage geregelt, wenn es möglich ist, die bereits rechtskräftig abgeurteilte Streitfrage noch einmal zum Gegenstand richterlicher Untersuchungen und Entscheidungen zu machen. Diesen Standpunkt scheint auch das Reichsgericht einzunehmen, wenn es sagt, dass §§ 580 ff. die Zulässigkeit einer Anfechtung des rechtskräftigen Urteils nur auf prozessualem Gebiete geregelt habe[2]) — eine durchaus richtige Auffassung, die Schneider jedoch ohne Erbringung eines Gegenbeweises als inhaltslos bezeichnet und damit für abgetan glaubt.[3])

Wenn nun die Anwendung des § 826 gegen das Wiederaufnahmeverfahren verstossen sollte, so müsste in der Schadensersatzklage eine bereits rechtskräftig festgestellte Streitsache den Gegenstand richterlicher Prüfung bilden. Das wäre die logische Konsequenz, die sich mit Notwendigkeit

---

[1]) Rechtskraft S. 323.
[2]) R. G. Z. 46, 79.
[3]) S. 38.

aus dem Zwecke der Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren ergibt. Die Gegner können daher auch nicht umhin, anzunehmen, dass in der Schadensersatzklage noch einmal dieselbe Streitfrage gerichtlich geprüft werden muss. Diese Annahme ist aber — wie oben bewiesen — unhaltbar. Demnach gestaltet sich die hier aufzuwerfende Frage folgendermassen: werden die Vorschriften des Wiederaufnahmeverfahrens verletzt, wenn ein materiell ungerechtfertigtes Urteil unschädlich gemacht wird, ohne dass die Rechtskraft desselben tangiert wird? Dies ist entschieden zu verneinen, denn wenn auch praktisch dasselbe Ziel erreicht wird, wie durch die Restitutionsklage, so wird doch gerade die Rechtskraft, zu deren Aufhebung die Resitutionsklage bestimmt ist, hier in ihrer vollen Geltung anerkannt.

Wenn es nun nach diesen Erwägungen noch ein zweites Mittel gibt, mit welchem man die nachteiligen Folgen eines rechtskräftigen Urteils zu beseitigen imstande ist, so darf demgegenüber nicht eingewendet werden, dass hierdurch die Vorschriften der Z. P. O. überflüssig oder mindestens in ihrer Bedeutung herabgedrückt werden. Dies wäre richtig, wenn die Schadensersatzklage hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit denselben bezw. zum Teil denselben Geltungsbereich hätte, wie die Restitutionsklage. Das Verhältnis dieser beiden Klagen zu einander ist aber ein ganz anderes. Das ist näher zu erläutern.

Bekanntlich gewährt die Z. P. O. nach der Fassung des § 580 die Restitutionsklage einmal wegen strafbarer für die Verurteilung kausal gewordener Handlungen, sei es einer der Parteien oder dritter am Prozess als Zeuge, Sachverständiger, Richter oder Vertreter beteiligten Personen (Nr. 1—5), ferner wenn ein strafgerichtliches Urteil, auf das das Urteil gegründet ist, wieder aufgehoben wird, schliesslich bei nachträglicher Auffindung eines in derselben Sache ergangenen rechtskräftigen Urteils oder beweiserheblicher Urkunden (Nr. 7).

Demgegenüber setzt die Schadensersatzklage voraus, dass die Ausübung des Vollstreckungsrechts die „guten Sitten“ verletzt, in der Absicht, den Gegner zu schädigen, erfolgt, und schliesslich einen Schaden herbeiführt.

Wenn wir nun die Voraussetzungen miteinander vergleichen, so ergibt sich zunächst, dass die Schadensersatzklage nicht immer dann in Anwendung kommen kann, wenn ein Restitutionsfall gegeben ist. Denn da die Schadensersatzklage den Eintritt des Schadens voraussetzt, die Restitutionsklage diese Voraussetzung nicht kennt, so wird, wenn diese Voraussetzung nicht vorliegt, nur die Restitutionsklage Platz greifen können. Das wird namentiich der Fall sein, wenn es sich um ein blosses Feststellungsurteil handelt, da hier eine Zwangsvollstreckung überhaupt nicht möglich ist, und wenn das betreffende Urteil ein Leistungsurteil ist, stets dann, wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hat. Ferner kann die Restitutionsklage nur allein in Betracht kommen, wenn das Urteil durch strafbare Handlungen Dritter erwirkt wurde, ohne dass die obsiegende Partei davon Kenntnis hatte, oder wenn das Urteil auf einer fahrlässigen Eidesverletzung beruhte, denn hier wird für eine Deliktsklage aus § 826 der subjektive Tatbestand nicht erfüllt sein. Schliesslich wird auch in den Fällen des § 580 Nr. 6 u. 7 zum grossen Teil nur die Restitutionsklage anwendbar sein, es sei denn, dass die obsiegende Partei die Unrichtigkeit des strafgerichtlichen Urteils bewirkt oder das früher rechtskräftig gewordene Urteil bezw. die beweiserheblichen Urkunden unmöglich gemacht hatte. Hieraus ergibt sich, dass die Restitutionsklage trotz der Anwendung des § 826 noch immer praktische Geltung behalten wird.

Wird nun aber die Restitutionsklage nicht in ihrer Bedeutung gemindert? Allerdings liegen die Fälle der Restitutionsklage zum grössten Teil derartig, dass auch die Erfordernisse für eine Klage aus § 826 erfüllt zu sein scheinen. Denn wo durch eine strafbare Handlung das Urteil erlangt wurde, wird auch die Ausübung des auf diesem Urteil beruhenden Vollstreckungsrechtes gegen die „guten Sitten" verstossen und demgemäss die Grundlage für die Klage aus § 826 abgeben können, wenn nur die anderen Tatbestandsmerkmale dieses Paragraphen erfüllt sind. Trotzdem wäre es unrichtig, wenn man behaupten wollte, das infolgedessen die Schadensersatzklage neben der Restitutionsklage in Anwendung kommen könnte. Im allgemeinen ist es allerdings

richtig, dass, wenn die Voraussetzungen einer Klage gegeben sind, diese auch zulässig sein muss. Hier aber liegen wichtige Momente vor, die m. E. eine Ausnahme von diesem Grundsatze nicht ungerechtfertigt, im Gegenteil dringend notwendig erscheinen lassen.

Zunächst fehlt in solchen Fällen jedes praktische Bedürfnis für eine Schadensersatzklage. Denn die Restitutionsklage sichert dem zu Unrecht Unterlegenen denselben Erfolg, den ihm die Schadensersatzklage gibt.

Andererseits erfordert aber das Interesse des zu Unrecht Obsiegenden eine Ablehnung der Schadensersatzklage. Die Restitutionsklage ist bekanntlich einmal wie jedes andere Rechtsmittel an die Notfrist von 1 Monat, die mit dem Tage der Kenntnisnahme vom Anfechtungsgrunde in Lauf gesetzt wird und ausserdem an eine mit der Rechtskraft des Urteils beginnende fünfjährige Ausschlussfrist gebunden. Da die Schadensersatzklage aus § 826 naturgemäss nicht an diese Fristen gebunden sein kann, so würde der Unterlegene auch ohne Rücksicht auf diese Fristen den praktischen Erfolg herbeiführen können, den er mit der Restitutionsklage nur in Gebundenheit an die erwähnten Fristen erreichen kann. Das wäre doch aber offenbar eine Verschlechterung der Lage des obsiegenden Klägers, denn seine Haftung für den herbeigeführten Schaden würde dadurch gemäss § 852 B. G. B. zeitlich verlängert werden. Wo nun der Beklagte diese Verschlechterung durch rechtzeitige Anstrengung der Restitutionsklage hätte vermeiden können, es aber aus eigener Nachlässigkeit, sei es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, wäre es unbillig und ungerecht, dem nachlässigen Beklagten die Erreichung desselben praktischen Erfolges, den er bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt früher hätte erreichen können, noch später zu gestatten. Denn dann muss sich der Beklagte den Verlust der Möglichkeit, Schadensersatz zu erhalten, selbst zuschreiben. Einen ähnlichen Gedanken spricht § 839 Abs. 3 B. G. B. aus. Hiernach wird die Syndikatsklage gegen den seine Amtspflichten verletzenden Richter nur dann gewährt, wenn der Verletzte den Schaden durch rechtzeitigen Gebrauch eines Rechtsmittels — hierher gehört im Sinne dieses Paragraphen auch die Resti-

tutionsklage — abzuwenden nicht versäumt hat. Wie hier der Richter von der Haftung befreit wird, wenn der Verletzte den Ersatz für den Schaden durch Restitutionsklage abzuwenden unterlassen hat, so wird auch in unserm Falle der zu Unrecht Obsiegende von seiner Haftung frei sein müssen, wenn der Beklagte das zunächst liegende Mittel, die Restitutionsklage, aus eigener Nachlässigkeit nicht angewendet hat. Die Fristen müssen also im Interesse des zu Unrecht Obsiegenden aufrecht erhalten werden; dies kann aber nur dadurch geschehen, dass man, solange die Restitutionsklage zulässig ist, die Anwendung der Schadensersatzklage nicht zulässt.

Dies scheint mir noch aus einem anderen Grunde gerechtfertigt zu sein. Bekanntlich war die actio doli noch im gemeinen Recht nur subsidiär anwendbar,[1]) obwohl die Klage schon während dieser Zeit ihren infamierenden Charakter gänzlich verloren hatte. Nun ist es ja allerdings zweifelhaft, ob für das heutige Recht die Subsidiarität der actio doli noch praktische Geltung hat. Auf diese Frage näher einzugehen, ist hier nicht am Platze. Es sei nur darauf hingewiesen, dass auch heute noch die Klage aus § 826, die doch im grossen und ganzen eine Wiedergabe der gemeinrechtlichen actio doli ist, ergänzenden Charakter hat und infolgedessen vielleicht auch gegenwärtig von einer Subsidiarität dieser Klage gesprochen werden darf.

Somit wäre festgestellt, dass die Anwendung des § 826 gegen rechtskräftige Urteile die Restitutionsklage weder überflüssig macht, noch in ihrer Bedeutung herabmindert. Es wird sich jetzt darum handeln, den Geltungsbereich der Schadensersatzklage nach der positiven Seite hin abzugrenzen. An das Vorangehende anknüpfend ist zunächst zu betonen, dass dort, wo die Restitutionsklage der Beklagte geltend zu machen nicht ausser Acht gelassen hätte, wenn ihm der Restitutionsgrund bekannt gewesen wäre, die Klage aus § 826 zulässig sein wird, unter der Voraussetzung natürlich, dass die Tatbestandsmerkmale des § 826 vorliegen. Insoweit wird also die Klage aus § 826 über die zeitliche

[1]) R. G. Z. 8, 176; 23, 143; 34, 151.

Begrenzung des § 586 Z. P. O. hinausgehen. Aber auch in rein sachlicher Beziehung ist das Anwendungsgebiet der Schadensersatzklage umfangreicher, als das der Restitutionsklage. Das Spezifikum der Strafbarkeit der Handlung wird für die actio doli gegen rechtskräftige Urteile nicht gelten können und somit wird der praktische Erfolg der Restitutionsklage auch schon dann erreicht werden können, wenn der zu Unrecht Obsiegende durch eine nur gegen die guten Sitten verstossende Handlung die Unrichtigkeit des Urteils veranlasst hat.

Diese Auffassung hat zudem den grossen Vorzug, dass sie einem im Rechtsleben sich stark fühlbar machenden Bedürfnisse gerecht wird. Denn die Gesetzesvorschriften über die Restitution entsprechen keineswegs den Bedürfnissen einer gesunden Prozessgesetzgebung; wie Dernburg[1]) richtig hervorhebt, ist die Restitution in zu enge Grenzen geschlossen. Das Gesetz kennt dort, abgesehen von zwei Fällen (§ 580 Z. P. O. Z. 6 u. 7) eine Restitution nur wegen strafbarer Handlungen. Schon das ist eine zu enge Begrenzung. Kann z. B. dem Wucherer[2]) nicht nachgewiesen werden, dass er erwerbsmässig Wuchergeschäfte betreibt, so ist er nicht strafbar; verschafft er sich daher unter solchen Umständen für seinen Anspruch aus seinem Wuchergeschäft einen vollstreckbaren Titel, so wird ihm infolgedessen sein Gegner nichts anhaben können, denn mit der Restitutionsklage ist sein Titel nicht entkräftbar. Obwohl § 138 Abs. 2 B. G. B. sein Geschäft für nichtig erklärt, wird der Wucherer in Ruhe und Frieden die Früchte seines widerrechtlichen Handelns geniessen. Dazu kommt noch die enge Befristung, in die das Gesetz das Wiederaufnahmeverfahren eingeschlossen hat. Wie leicht kann es der siegende Gegner durch neue Machinationen durchsetzen, dass die Einhaltung der kurzen Fristen versäumt wird. Sehr treffende Beispiele dafür führt Kohler an, wie: Bestechung des Anwalts, der die Restitutionsklage erheben soll, Zurückbehalten der entscheidenden Urkunden durch den Sieger während der ganzen Restitutions-

---

[1]) D. J. Z. 10, S. 471.

[2]) Gilt nur von dem sog. Sachwucher, § 302e St. G. B.

zeit, sodass diese erst nach Ablauf der gesetzlichen Ausschlussfrist in die Hände des Unterlegenen gelangen, neue Meineide, durch die sich der Sieger der Ueberführung des Meineids entzieht. Man sage nicht etwa, dass hier immer die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand helfen könne, denn hierzu wäre der Beweis nötig, ob höhere Gewalt oder unabwendbare Zufälle die Versäumung der Fristen herbeigeführt haben. Hierin liegen schwerwiegende Mängel des Gesetzes. Das gemeine Recht war in dieser Beziehung dem Unterlegenen viel günstiger, denn es kannte doch wenigstens eine Restitution propter noviter reperta. Die Unerlässlichkeit dieser Vorschrift war allerdings für den vom Eventualprinzip beherrschten gemeinrechtlichen Prozess handgreiflicher als heute, da die gegenwärtige Prozessordnung den Parteien freistellt, das Tatsachenmaterial alsbald oder kurz vor Schluss der erstinstanzlichen oder auch der Berufungsverhandlung vorzubringen. Trotzdem hätte die Aufgabe des Eventualprinzips nicht genügen dürfen, um die restitutio ex capite novorum dermassen zu beschneiden, wie es in § 580 geschehen ist.[1])

Es wäre weiter hervorzuheben, dass die Begründung des Entwurfs bezüglich der Restitutionsvorschriften äusserst dürftig ist. Allgemein wird ausgeführt, dass die Restitutionsfälle in Uebereinstimmung mit den neueren Prozessordnungen und Entwürfen zu solchen geregelt seien. Die Entdeckung neuer Tatsachen, ebensowenig die Auffindung neuer Zeugen, sei kein hinreichender Grund, die Restitutionsklage zu gewähren.[2]) Ueber die diesbezüglichen Vorschriften der Prozessordnung von Hannover und Würtemberg, die die Restitution ex capite novorum in vollem Umfange beibehalten hatten, gehen die Entwürfe ohne jede Begründung hinweg, obwohl gerade jene Prozessordnungen am meisten Selbständigkeit aufwiesen und wohl auch die sorgfältigste Durcharbeitung von allen Vorläufern der Reichs-Zivil-Prozessordnung erfahren hatten. Vollends charakteristisch, so bemerkt Schwartz, sind aber die Ausführungen zum § 635

[1]) Schwartz, S. 54.
[2]) Hahn II, Abt. 1, S. 380 u. 381.

der Regierungsvorlage (jetzt § 767 Z. P. O.)[1]): „Die bayrische Prozessordnung Art. 868 und der preussische Entwurf § 1029, indem sie die mündliche Verhandlung, auf welche das zu vollstreckende Urteil ergangen ist, ausschlaggebend sein lassen, gewähren eine Art Restitution, welche in der preussischen Verordnung vom 4. 3. 1834 § 9 noch weiter geht, sodass auch solche Einwendungen vorgebracht werden können, welche nur zu spät zur Kenntnis der Partei gelangt sind. In dieser Ausdehnung kann neues Vorbringen aber nur in den Formen der Resitutionsklage gestattet werden." Ganz treffend bemerkt hierzu Schwartz, dass man hiernach erwarte, die Restitution wegen nova werde in die Bestimmungen des Wiederaufnahmeverfahrens aufgenommen werden, — dort aber eben dieser allgemeine Restitutionsgrund übergangen wurde. Nach alledem unterliegt es keinem Zweifel, dass aus der verfehlten engen Begrenzung der Restitution die Notwendigkeit eines anderen abhelfenden Mittels geradezu herauswächst. Das erkennen zum Teil die Gegner der Schadensersatzklage[2]) selbst an, indem sie entweder für eine möglichst weitgehende Interpretation des § 580 Nr. 4 eintreten, oder aber eine Erweiterung des § 580 de lege ferenda vorschlagen.[3]) Beide Mittel haben m. E. keine hinreichende durchschlagende Wirkung — eine Vertröstung auf die Zukunft am allerwenigsten angesichts der Leichtigkeit der Erschleichung von Urteilen und des häufigen Vorkommens solcher Fälle. So bleibt denn geradezu § 826 B. G. B. als das ultimum refugium übrig, umsomehr als sich uns hier ein Mittel darbietet, dessen Anwendung nicht einmal gegen die Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren verstösst.

§ 9.

§ 826 und die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 Z. P. O.).

§ 826 gewährt nicht nur einen Ersatzanspruch wegen eingetretenen Schadens, sondern bedeutet auch ein Schutz-

---

[1]) S. 55, Anm. 1.

[2]) Hellwig, Lehrb. II, S. 46, Anm. 24; Schneider, S. 38 u. 39.

[3]) Hüssener, S. 47.

mittel gegen die noch nicht beendete, aber bereits drohende Schadenszufügung. Der Schadensersatzanspruch geht in letzterem Falle auf Unterlassung[1]) der bevorstehenden schädigenden Handlung.

Für die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten bedeutet dies: Nicht nur Remedur gegen die vollendete Zwangsvollstreckung verbürgt das Gesetz, sondern auch Schutz gegen die noch nicht vollendete Exekution, da sie durch den Unterlassungsanspruch aus § 826 abgewendet werden kann.

Zur Begründung dieses Unterlassungsanspruchs wird erfordert, dass das schädigende Verhalten des Gegners in irgend einer Weise objektiv verwirklicht ist. § 826 wird daher als Mittel zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erst dann gegeben sein, wenn der Exekutionsberechtigte seine Absicht, die Exekution durchzuführen, in objektiver Weise zu erkennen gibt,[2]) was zweifellos vorliegt, wenn das Gericht um Erteilung der Vollstreckungsklausel angegangen oder die Exekution auch nur angedroht wird. Der blosse Eintritt der Rechtskraft[3]) dagegen erscheint nicht ausreichend zur Begründung des Unterlassungsanspruchs, denn hierin liegt noch keine Realisation des schädigenden Verhaltens.

Was die Form anbetrifft, in welcher dieser Unterlassungsanspruch geltend zu machen ist, so kann er nicht in der Form eines von dem § 767 Abs. 2 unabhängigen, lediglich materiellrechtlichen Anspruchs[4]) verwirklicht werden, sondern nur in der Form der Vollstreckungsgegenklage,[5]) da es sich hierbei um eine Einwendung handelt, welche die

---

[1]) Dieser Unterlassungsanspruch aus § 826 ergibt sich m. E. aus § 249 B. G. B., wonach für die Schadensersatzleistung das Prinzip der Naturalrestitution statuiert wird. Besteht nun der Schaden in dem Handeln eines anderen, so geht der Anspruch auf Schadensersatz diesem Prinzip gemäss auf Unterlassung des Handelns. So Kohler, Encykl. I, S. 651; Oertmann, D. J. Z. 9, S. 616 ff.; R. d. Schuldv., S. 937; a. M. R. G. Z. 48, 118 ff., die den Unterlassungsanspruch aus §§ 12, 862 u. 1004 B. G. B. folgert.

[2]) Ebenso Höniger, D. J. Z. 10, 1005.

[3]) Ebenso Höniger a. a. O.; a. M. R. G. Z. 61, S. 364 f. u. Pagenstecher, J. W. 08, S. 188.

[4]) So Höniger a. a. O. u. R. G. Z. 61, 363.

[5]) So Wendt, Arch. f. ziv. Pr. 100, S. 314.

Realisierbarkeit des durch das Urteil festgestellten Anspruchs betrifft, also um eine Einwendung des § 767 Abs. 1.

Nach Abs. 2 des § 767 sind solche Einwendungen nur dann zulässig, wenn die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemässheit der Bestimmungen der Z. P. O. hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Auch dieser letztere Punkt kommt für unsere Frage in Betracht, da, wie aus den R. G. E. hervorgeht, zum grossen Teile es sich um Versäumnisurteile bei der Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten handelte; jedoch hat diese Bestimmung nur insofern Bedeutung, als der Einspruch noch geltend gemacht werden kann, während der Umstand, dass der Einspruch überhaupt einmal hätte geltend gemacht werden können, nach dem Wortlaut des § 767 Abs. 2 kein Hindernis für die Geltendmachung der Einwendung bilden kann.

Wie steht es nun aber mit der Voraussetzung, dass die Gründe, auf denen die Einwendung beruht, erst nach der letzten entscheidenden Verhandlung entstanden sein müssen. Der Rechtsgrund, auf welchem die Einwendung beruhen würde, wenn man § 826 zu einer Unterlassungsklage gegen die Zwangsvollstreckung verwenden wollte, ist doch offenbar die den Unterlassungsanspruch gewährende Deliktsobligation. Die diese begründenden Tatsachen reichen aber zeitlich bis in die Zeit nach dem Urteil hinauf. Denn die Deliktsobligation entsteht erst mit dem Moment, wo der Obsiegende den Anfang mit der schädigenden Handlung macht, d. i. hier mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung. So lange der Obsiegende von dem Urteile keinen Gebrauch macht, verhält er sich loyal, erst mit dem Augenblicke, wo er auf irgend eine Weise zu erkennen gibt, dass er den Erfolg seines früheren unlauteren Handelns verwerten will, handelt er illoyal und setzt damit das letzte Moment zu dem Zustandekommen der den Unterlassungsanspruch gewährenden Deliktsobligation. Hiernach ist es klar, dass es sich um eine Einwendung handelt, die erst nach der letzten entscheidenden Verhandlung entstanden ist.

Man könnte hiergegen einwenden, dass der Verurteilte zur Begründung der Einwendung auf Tatsachen zurückgreifen müsse, die bereits vor oder während des Prozesses vorgelegen haben. In dieser Beziehung wäre zunächst hervorzuheben, dass dieses Bedenken nur zum Teil zutrifft. Denn es gibt auch Fälle, in denen die Tatsachen so liegen, dass ein Rückgriff auf vor der entscheidenden Verhandlung liegende Tatsache ausgeschlossen ist. Wenn wir z. B. in dieser Hinsicht die vom R. G. entschiedenen Fälle ins Auge fassen, so ist es klar, dass in R. G. 46 Nr. 22 und 1 Nr. 40 dieses Bedenken jeder Grundlage entbehrt. Denn da in diesen Fällen erst nach der letzten mündlichen Verhandlung bezw. nach dem im Vorprozesse ergangenen bedingten Endurteile der Meineid bezw. die falsche Vorspiegelung betr. der Ableistung des Erfüllungseides erfolgt waren, stützt sich die Einwendung, dass die Vollstreckung gegen die guten Sitten Verstosse ausschliesslich auf Tatsachen, die erst nach der letzten entscheidenden mündlichen Verhandlung sich zugetragen haben. Anders liegen natürlich die Fälle der wucherischen Ausbeutung und des sog. simulierten Judikats, weil hier die Tatsachen des Wuchers und des zwischen den Parteien expressis verbis oder stillschweigend geschlossenen Vertrags schon bereits vor dem Prozesse, mindestens aber während des Prozesses geschehen sind. Trotzdem wäre es meines Erachtens verfehlt, wenn man in den zuerst genannten Fällen die Vollstreckungsgegenklage für gültig, in den letzten aber für unzulässig halten wollte. Denn in allen diesen Fällen kehrt immer dasselbe m. E. für die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage entscheidende Moment wieder, das die Einwendung erst nach dem Urteile entstanden und ihre Geltendmachung daher auch erst in der Exekutionsinstanz möglich ist, und dass sich diese Einwendung nicht gegen den Bestand des Urteils auflehnt und dieses bekämpft, sondern seiner Ausübung als solche tadelt. Angesichts dieser Momente kann der Absatz 2 § 767 der Vollstreckungsgegenklage nicht im Wege stehen.[1]) Wollte

[1]) Kohler u. Wendt, vergl. oben § 3; Seuffert II, 380; a. M. Struckmann u. Koch, S. 859, Nr. 1 u. Schmidt, S. 769.

man dies behaupten, so wäre dies eine zu engherzige, sich an die Worte klammernde Interpretation des § 767, dessen Zweck doch darauf gerichtet ist, die Zwangsvollstreckung zu verhindern, wo dieselbe aus materiellrechtlichen Gründen unbillig erscheint. Treffend sind in dieser Beziehung die Erwägungen Fischers,[1]) der gelegentlich einer Kritik einer Reichsgerichtsentscheidung, welche die Verwendung des beneficium competentiae zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung betrifft, zu folgender Auffassung hinsichtlich der Auslegung des Abs. 2 des § 767 gelangt: „Wenn diese Bestimmung verlangt, dass die Gründe, auf denen die Einwendungen beruhen, nach der Verurteilung entstanden sind, so ist damit nicht gefordert, dass alle Gründe hinter diesem Zeitpunkt liegen; es genügt vielmehr, dass der letzte Tatbestandmoment, welcher die Begründung der Einwendung oder die Möglichkeit, die Einwendung zu erheben, zur Vollendung brachte, der Verurteilung folgte.“ M. E. ist dieser Gesichtspunkt für die Auslegung des Abs. 2 auch hier am Platze, umsomehr, als es sich um eine Einwendung handelt, die naturgemäss erst in der Vollstreckungsinstanz geltend gemacht werden kann.

---

[1]) Ih. Jahrb. 34, S. 472.

Lebenslauf.

Am 24. Januar 1884 wurde ich, Roman Graszyński, katholischer Konfession, in Lissa, Prov. Posen, als Sohn des nunmehr verstorbenen Königlichen Oberlehrers Roman Graszyński und seiner gleichfalls verstorbenen Ehefrau Maria, geb. Klar, geboren.

Nachdem ich auf den Seminar-Uebungsschulen zu Hildesheim und Rawitsch vorgebildet worden war, trat ich Ostern 1895 in das Königl. Gymnasium in Rawitsch ein, das ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Darauf studierte ich sieben Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Breslau und hörte daselbst die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

Baumgartner, Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Hedemann, Heilborn, Jörs, Klingmüller, Kükenthal, Leonhard, Nehring, Nikel, Rohr, Schott, Semrau, Sombart, Storch, Triebs, Wolf.

Am 10. März 1908 bestand ich das examen rigorosum. Nunmehr bezog ich die Universität Münster und widmete mich dem Studium der Theologie, dem ich noch gegenwärtig obliege.